

رَفَع

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

كلية الشريعة

مقارنة المذاهب في الفقه

عمل الاستاذين

الشيخ محمود محمد شلتوت و الشيخ محمد علي السائس
عضو جماعة كبار العلماء الاستاذ بكلية الشريعة

حقوق الطبع محفوظة

١٩٨٦



دارالمعارف

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

كلية الشريعة

مقارنة المذاهب في الفقه

عمل الاستاذين

الشيخ محمود محمد شلتوت و الشيخ محمد علي السائس
عضو جماعة كبار العلماء. الاستاذ بكلية الشريعة

حقوق الطبع محفوظة

١٩٨٦



دار المغارف بمصر

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد . بعثه الله بشرع كافل
لسعادة الخلق في الدنيا والآخرة .

وبعد فهذا نوع جديد من دراسة الفقه ، أساسه أن توضع المسألة ويذكر حكمها
في كل مذهب من المذاهب ، ثم تعرض أدلة المذاهب ، ووجهات النظر التي كانت
منشأ اختلاف الأئمة في الحكم ، ثم تناقش الأدلة من جميع الجوانب المتصلة بأخذ
الحكم منها ، ثم يتخذ المدرس من نفسه حكماً عدلاً مجرد نفسه من المذهبية التي ألفها ،
لا يبتغي غير الوصول إلى الحق ، فيخلص من تلك المناقشات بالرأى الذي يستقيم
لديه دليله ، وتوضح وجهته . وإذا كان المدرس ممن يسايرون العاطفة المذهبية
ويخضعون لها فإنه لا يستطيع أن يقف موقف الحكم العدل من هذه المذاهب .
وجدير به ألا يمد عيفيه إلى هذا النوع من الدراسة ، فقد أجمع العلماء على أن القاضي
لا يقضى لمن يبادل عاطفة صداقة أو قرابة ، ولا على من بينه وبينه عاطفة بغض
أو عداوة .

فائدة المقارنة

قد يقال إن هذا النوع من دراسة الفقه ، ليس له فيما نرى فائدة عملية لا بالنظر
إلى الأفراد في عباداتهم ومعاملاتهم . ولا بالنظر إلى الأمة في الحكم والتقاضى .
أما الأول فلا أن العلماء قرروا أن من قلد مذهباً ليس له أن ينتقل إلى غيره .

وقد جاء في فروع باب التعزير من كتاب الدر المختار من ارتحل إلى مذهب
الشافعي يعزر ، وقرروا : أن ليس للإنسان إذا قلد مذهباً معيناً - ولا بد أن يقلد -
أن يقلد غيره في بعض الوقائع إلا بشروط وقرروا : أن ليس للتأخر أن يبحث
أو يرجع فيما بحثه المتقدم أو يرجعه ، وإنما عليه أن يتبع ، وإذا كان هذا هو
ما قرره العلماء فالعمل بنتيجة المقارنة قد يلزمه انتقال المقارن إلى غير مذهبه . أو
تقليده لجملة مذاهب في مسائل مختلفة فلا يكون مقلداً لمذهب معين ، بل قد يلزمه
تقليد غير الأئمة الأربعة .

ونص العلماء على أنه لا يجوز تقليد غيرهم لأنهم هم الذين عرفت لنا مذاهبهم ونقلت إلينا نقلاً يوجب الطمأنينة والثوق بأنها مذاهبهم . وقد يلزمه العمل بآراء مختلفة لأجزاء عبادة واحدة يتكون منها حقيقة لم يقل بها إمام وذلك بأن يظهر للمقارن رجحان قول الشافعي في مسح الرأس . وقول الحنفي في اللبس ، ورجحان القول بعدم نقض الوضوء بالمقربة في الصلاة . فهذا الوضوء غير صحيح أو غير باق على مذهب المالكية بعدم مسح كل الرأس ولا على مذهب الحنفية لعدم مسح الرية أو المقربة ، ولا على مذهب الشافعي للبس .

فالمقارن أما أن يعمل بنتيجة بحثه فيصل إلى هذا الوضوء فيكون ملفقاً لحقيقة لم يقل بها أحد وقد نص العلماء على : أن الحكم الملقق باطل بالإجماع . وأما ألا يعمل بنتيجة بحثه فلا يصل إلى هذا الوضوء مع اعتقاده صحة فظل المقارنة بحثاً نظرياً لا يتصل بفائدة الفقه وهي العمل بالأحكام . هذا بالنظر إلى الأفراد أما بالنظر إلى الحكم والنقاضي فلان القضاة لهم مذاهب معينة .

وقد نص الفقهاء على أن ليس للقاضي أن يحكم بخلاف مذهبه . ولا بالقول الذي قيل عنه في مذهبه أنه مرجوح . وبذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم في حادثة بخلاف مذهبه الذي ولي به القضاء مهما يكن مذهبه في نظره من الضعف ، ومهما يكن غيره في نظره من القوة فلا فائدة للمقارنة في هذا الجانب أيضاً .

الجواب — إن هذا الاعتراض مبنى كما ترى على مقالات وضعها المتأخرون حينما تحكمت فيهم روح الخلاف وملكهم العصية المذهبية فراحوا يضعون من القوانين ما يمنع الناس من الخروج عن مذاهبهم وانتقلت المذاهب بهذا الوضع من أن تكون أدياناً يصح أن تناقش فتد أو تقبل إلى التزامات دينية لا يجوز لمن نشأ فيها أن يخالفها أو يعتق غير ما وحرّموا بذلك النظر في كتاب الله وسنة رسوله . وحرّموا العمل بثمرات النظر فيما وُشئ من ذلك أن فترت الهمة ووقف الفقه الإسلامي واشتغل علماء المذاهب بالاتصارات المذهبية واختصار المطولات وشرح المختصرات وهكذا حرم الناس الفقه وحرّموا ملكة الفقه .

وقد وصف الشيخ عز الدين بن عبد السلام موقف هؤلاء المتأخرين فقال : « ومن العجب العجيب أن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه بحيث لا يجد لضعفه مدافعاً وهو مع ذلك يقلده فيسسه ويترك من شهد له الكتاب

والسنة ويتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالاً عن مقلده ، ثم قال ولم يزل الناس يسألون من اتفق من العلماء من غير تقييد بمذهب ولا انكار على أحد من السائلين الى أن ظهرت هذه المذاهب ومتعصبوها من المقادين فان أحدهم يدع إمامه مع بعد مذهبه عن الأدلة مقلداً له فيما قال كأنه نبي أرسل وهذا نأى عن الحق وبعد عن الصواب لا يرضى به أحد من ذوى الألباب .

وقال الامام أبوشامة : (ينبغي لمن اشتغل بالفقه ألا يقنصر على مذهب إمام ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب الى دلالة الكتاب والسنة المحكمة وذلك سهل عليه اذا حصل العلوم المتقدمة (وسائل الاجتهاد) وليجذب التعصب والنظر في طرائق الخلاف المتأخرة فانها للزمن مضيئة راصفوه مكدره فقد صح عن الشافعي أنه نهى عن تقليده وتقليد غيره قال صاحبه المزني في أول مختصره (اختصرت هذا من علم الشافعي ومن معنى قوله لأقربه على من أراد مع اعلامه نهيه عن تقليده وتقليد غيره لينظر فيه لدينه ويحتاط لنفسه) .

ان واجب المسلم اذا تعذر عليه أن ينال الاحكام من أداتها أن يسأل أهل الذكر وليس عليه أن يلتزم مذهباً معيناً اذا لا واجب الا ما أوجبه الله ورسوله ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يتمذهب بمذهب رجل من الأئمة قال شارح مسلم الثبوت (فايحاجه تشريع شرع جديد) ثم قال ذلك أن تستدل عليه بأن اختلاف العلماء رحمة بالانصر وترفيه في حق الخلق . فلو ألزم العمل بمذهب معين كان هذا نقمة وشدة وأما اشتراطهم في جواز تقليد غير المذهب . عدم تتبع الرخص . فقد قال الكمال فيه . لا يمنع من تتبع رخص المذاهب ، مانع شرعي إذ للانسان أن يسلك الأخف عليه إذ كان له اليه سبيل . وقال أيضاً والغالب أن هذه الزامات منها لكف الناس عن تتبع الرخص وانا لا أدري ما يمنع هذا من العقل والسمع وكون الانسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما هلت من الشرع ذمه عليه .

وأما منعهم التقليد اذا أدى الى مجموع لم يقل به أحد ، فقد الكمال فيه (قول متأخر) .

أما القادر على النظر فواجبه أن ينظر وأن يعمل بمقتضى نظره ولا يلزمه

تحصيل ما قالوا في شروط الاجتهاد ؛ بالنسبة إلى جميع أبواب الفقه وأحكامه بل يكفيه للاجتهاد في مسألة أن يحصل وسائل الاجتهاد فيها فقد قرر علماء الاصول أن الاجتهاد يتجزأ ، وإذا جاز تجزى الاجتهاد لتخريج والترجيح وهما نوعان منه جائزان .

وبما تقدم يتبين أن المقارنة واجبة وأن العمل بشمرتها واجب لا يحول دون ذلك شيء من مقالات المتأخرين التي لم يقم دليل على صحتها .

والمقارنة فوق ذلك سبيل للوقوف على مسالك الأئمة في الاجتهاد . وطريق لمعرفة ما تظمئن النفس إليه من الاحكام .

وقد شعرت حكومتنا المصرية بالحاجة إلى العمل بآراء بعض الفقهاء غير الحنفية وتدرجت في الأخذ بها حتى وضع تعديل سنة ١٩٢٩ وتضمن العمل بكثير من غير مذهب الحنفية بل من مذاهب لغير الأئمة الأربعة .

وقد خطا القانون الشرعى بهذا التعديل خطوة واسعة إلى الامام وكان قائم هذه الحركة المباركة الاستاذ المصلح الكبير المرحوم الشيخ المراغى شيخ الازهر . وقد وضع لهذا التعديل مذكرة إيضاحية تكلم فيها بعد المقدمة على ستة وعشرين موضوعاً منها التكفير والنائم في الاحكام الفقهية والاجتهاد المطلق والمقيد . وقال في آخر كلامه عن الاجتهاد المطلق . (ولأنى مع اجترأى لرأى القائلين باستحالة الاجتهاد أخالفهم في رأيهم وأقول إن في علماء المعاهد الدينية في مصر من توافرت فيهم شروط الاجتهاد ويحرم عليهم التقليد ، وأثبت فيها امكان الوثوق بنقل غير المذاهب الأربعة كما أثبت صحة قضاء القاضى بغير مذهبه وأنه يتعين عليه ذلك متى نص في منشور التولية على أنه يعمل به . وبذلك فتح الاستاذ باب الاجتهاد ووجه علماء العصر إلى البحث في الفقه الاسلامى . فعادت إلى الفقه روح الحياة وأخذ في النماء . وقد كان رحمه الله أول من اقترح دراسة المقارنة بين المذاهب في كليات الازهر . وقد صارت بذلك مادة من مواد الدراسة المقررة على السنة الرابعة في كلية الشريعة الاسلامية .

وقد الايام لجنة تحت رئاسة فضيلته للنظر في قانون الاحوال الشخصية على ما تقضى به المصلحة من غير تقيد بمذهب من المذاهب الأربعة ، وقد

ألقى رحمه الله في أول جلسة من جلساتها كلمة تضمنت لزوم التخير وذم التقليد .
وارجع إليها إن شئت في صفح ١٥ شوال من سنة ١٣٥٥ هـ .

وقد وضعنا هذه المذكرات لموضوعاتها حسب المنهج الجديد الذى وضع المقارنة
هذ عام سنة ١٣٥٥ هـ ونسأل الله أن يوفق رجال الأزهر لخدمة الدين والرجوع
بعلومه إلى سيرتها الأولى

* * *

ومن المفيد ونحن على أبواب هذا الفن أن نوجز للطلاب القول فى أسباب
اختلاف الأئمة ليتبين لهم أنه ما من إمام الا بذل ما يستطيع من جهد فى سبيل الوصول
الى الحكم الذى ارتأه فى المسألة وأنهم مع اختلافهم مجمعون على أن الاصل الذى
لا يعدل عنه والذى يقضى على كل ما سواه ، هو كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ
أما اختلافهم فقد نشأ من أسباب وراء هذا نستطيع حصرها فيما يأتى :

أولا — اختلاف معانى الالفاظ . وهو باب واسع نشأ من غرابة الالفاظ
واشتراكها وتردها بين الحقيقة والمجاز واختلاف العرف فى معنى اللفظ .

ثانيا — الرواية . وذلك بأن يصل الحديث إلى أحدهم ولا يصل الى غيره .
أو يصل من طريق لا تقوم به الحجة فى حين يصل إلى آخر من طريق صحيح
أو يصل الهمما من طريق واحد ولكن يعتقد أحدهم أن فى بعض رواياته ضعفا
لا يعتد به غيره أو لا يراه مانعا من قبول الرواية ، وهذا مبنى على الاختلاف
فى طريق التعديل والتجريح . أو يصل الهمما من طريق متفق عليه غير أن أحدهما
يشترط فى العمل بمثله شروطا لا يشترطها الآخر وذلك كما فى المرسى والمنقطع .

ثالثا — مصادمة الدليل لأصل من الاصول المسلم بها عند أحدهم دون الآخر ،
وذلك كقاعدة العام المخصوص ليس بحجة ، والمفهوم ليس بحجة . والزيادة على
الكتاب نسخ إلى غير ذلك من قواعد الاصول المختلف فيها .

رابعا — التعارض والتبرجيح . وهو باب واسع اختلفت فيه الانظار وكثر فيه
الاخذ والرد . وهو يتناول دعوى النسخ والتأويل ويدخل فيه القرب والبعد
والخطأ والصواب .

خامسا — القياس . وهو أوسع الأبواب اختلافا . فان له شروطا وعلا

وللعلل شروطا ومساك . وفي الجميع أنظار مختلفة وآراء متباينة ولا يكاد الناظر في باب القياس يجد أصلا فيه متفقا عليه بين القائلين بحجته خصوصا بعد أن تناوله المتأخرون وأوسعوا فيه من ضروب القول ومناحي التفكير .

سادسا — أدلة ، اختلفوا في صحة الاعتماد عليها وذلك كالاتحسان والمصالح المرسلة وقول الصحابي والبراء الأصلية والاستدلال .

إلى جملة هذه الأسباب يرجع اختلاف الائمة في الأحكام الشرعية .

وإن المقارن بين المذاهب في جزئيات المسائل متى أدرك منشأ الخلاف ثم وقف على ما ورد في المسألة وعرف دلالة الالفاظ وقدر روح التشريع وكل هذا قد صار بفضل جهود المتقدمين في اللغة والحديث وأسرار التشريع سهلا ميسورا — متى أدرك هذا فإنه بمعونة الله يهمل إلى مقارنة مشرة قد يكون من ورائها تقريب هوة الخلاف أو ترجيح الأقرب إلى الحق ونسأل الله أن يعصمنا من الزلل وأن يوفقنا إلى ما يحب ويرضى .

فرائض الوضوء

اتفق الائمة على أن غسل الوجه واليدين والرجلين والمسح بالرأس فرائض لا بد منها في تحقق الوضوء . واختلفوا بعد ذلك في موضعين :
الاول في مقدار المفروض من مسح الرأس . والثاني في فرضية أمور أخرى غير هذه الأربعة .

والموضوع الاول : « مقدار المفروض في مسح الرأس » .

ذهب المالكية إلى أن المفروض في مسح الرأس هو مسح الكل .

وذهب الشافعية إلى أن المفروض فيه هو مسح البعض ولو شعرة واحدة وقيل لا يحصى أقل من ثلاث شعرات .

وذهب الحنفية في رواية اعتمدها المتأخرون إلى أن المفروض هو مسح

الربع . وفي أخرى اعتمدها كثير من المتقدمين إلى أنه مقدار ثلاثة أصابع من أصابع اليد .

أما الخاتبة فعندهم روايتان : إحداهما وهي أرجح الروايتين : توافق مذهب المالكية والآخرى أن المفروض مقدار الناصية .

الأدلة

استدل المالكية بقوله تعالى « وامسحوا برؤوسكم » ووجه الاستدلال . أن الباء فيه إما أن تكون زائدة وإما أن تكون للالصاق . وليس ثمة معنى ثالث يصح حملها عليه وعلى كلا الاحتمالين فالتركيب يفيد مسح الكل .

أما أنه ليس للباء معنى ثالث يصح حملها عليه فلأن أقرب ما يتصور فرضه بعد الزيادة والالصاق أن تكون للتبعية . والتحقيق عند أهل اللغة أن التبعية ليس من معاني الباء . قال ابن برهان : من زعم أن الباء تفيد التبعية فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه . وذكر الشوكاني أن سيويه أنكر أنها للتبعية في خمسة عشر موضعاً من كتابه .

ووجه إفادتها العموم على احتمال الزيادة أن التركيب بدونها واضح في إفادة العموم على نحو ما يفهم من قوله تعالى « فاغسلوا وجوهكم » الخ فزيادة الباء في هذا التركيب تفيد تقوية العموم المستفاد منه وتدفع توهم أن الشارع كما خفف وظيفة الرأس من غسل إلى مسح - يريد أن يخفف في مقدار المسموح أيضاً .

أما وجه إفادتها العموم على احتمال الالصاق فهو أن الرأس حقيقة في الكل وإطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلا بموجب فيكون المطلوب الصاق المسح بكل الرأس . وهي في ذلك نظير قوله تعالى : في التيمم « فامسحوا بوجوهكم » والتعميم فيه واجب باتفاق .

وعلى هذين الاحتمالين تكون الآية ظاهرة في إفادة مسح الكل ولا إجمال فيها حتى تحتاج إلى بيان . وقد يقال أن الآية - على احتمال الالصاق - ليست ظاهرة في التعميم لأن الالصاق يصدق على البعض كما يصدق على الكل .

والجواب : أن احتمال الزيادة المقتضية وجوب التعميم لا يزال قائماً مع احتمال هذا الالصاق وبذلك تكون الآية مجملة يرجع في فهم المراد منها إلى بيان الرسول ﷺ وهنا يقول المالكية . أنه لم يصح عن رسول الله ﷺ في حديث واحد أنه اقتصر على مسح بعض رأسه وبه ثبت أن المراد من الآية مسح جميع الرأس وهو المطلوب واستدل الشافعية بالآية أيضاً . وبيانه أن الباء للالصاق وهو معنى لا يكاد

يفارقها فتكون الآية من قبيل المطلق ويكون المطلوب بها الصاق المسح بالرأس وهو يتحقق بمسح البعض كما يتحقق بمسح الكل شأن المطلق الذى يراد منه تحقيق الماهية فى أى فرد من أفرادها .

قالوا : ولو سلمنا احتمال زيادة الباء كانت الآية من قبيل المجمع ويرجع فى فهم المراد منها إلى البيان وقد ثبت أنه ﷺ مسح البعض كما مسح الكل فقد جاء فى مسلم من حديث المغيرة بن شعبة أن النبى ﷺ توضأ ومسح على ناصيته وخفيه . وفى رواية « مسح بناصرته وعلى الخفين » وفى رواية ثالثة « مسح بناصرته وعلى العمامة » وجاء فى رواية أبى داود عن أنس رضى الله عنه قال رأيت رسول الله ﷺ يتوضأ وعليه عمامة قطرية فادخل يده تحت العمامة فمسح مقدم رأسه ، وسكت عليه أبو داود .

وجاء فى رواية البيهقى عن عطاء « أنه ﷺ توضأ فحسر العمامة ومسح مقدم رأسه » أو قال (ناصيته) وهذا الحديث — وإن كان مرسلًا والشافعى لا يعمل بالمراسيل — قد تقوى بالمتصل قبله وصح الاحتجاج به عنده .

فهذه الأحاديث ضريحة فى جواز الاكتفاء بمسح البعض وعلى هذا يتعين حمل الباء على الالتصاق ويمتنع حملها على الزيادة .

واستدل الحنفية بالآية أيضا وقالوا : إن الزيادة خلاف الأصل فيتعين الالتصاق مرادا من الباء ويكون المطلوب الصاق اليد بالرأس لأن قوله تعالى « وامسحوا » يستدعى مفعولا وهو آلة المسح التى هى اليد فيكون تقدير الآية « وامسحوا أيديكم ملصقة برءوسكم » . والقاعدة أن الباء إذا أدخلت على الممسوح اقتضت استيعاب الآلة كما أنها إذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب الممسوح . تقول مسحت رأس اليتيم يدي فيفهم تعميم الرأس بالمسح . وتقول مسحت يدي برأس اليتيم فيفهم تعميم اليد بالمسح . والآية من قبيل الثانى فتقتضى تعميم اليد بالمسح . قالوا واستيعاب اليد ملصقة بالرأس لا يستغرق غالبا سوى الربع فتعين مرادا من الآية وهو المطلوب

ولهم أن يسلموا احتمال زيادة الباء ويقولوا : إن الآية على هذا تكون مجملة لأن احتمال الزيادة واحتمال الالتصاق قائمان فيها على السواء وقد بينت الأحاديث الواردة فى الباب أن المطلوب هو الالتصاق وأنه إلتصاق مخصوص بمقدار الناصية

فما فوقها لأنه عليه السلام لم يلتزم مسح الكل كما لم يمسح أقل من الناصية أو مقدم الرأس والناصية ومقدم الرأس كلاهما يساوى الربع فليكن هو المفروض .

• • •

هذه مسائل الأئمة فيما ذهبوا اليه . وللناظر أن يمنع باديء ذي بدء احتمال زيادة الباء في الآية لأن اللفظ إذا دار بين التأكيد والتأسيس كان التأسيس خيرا من التأكيد وبذلك يرجح حمل الآية على الاصاق والاصاق لا يفيد أكثر من نسبة الفعل إلى المفعول ، فأما كرون الفعل متعلقا بالكل أو البعض فلا دلالة عليه . وقول المالكية : ان في الرأس حقيقة في الكل مجاز في البعض لا ينفع في أن الاصاق يفيد العموم لأن الكلام إنما هو لاصاق المسح بالرأس ويكفى في صدقه حقيقة مجرد وقوع المسح عليها .

وقد قال العلماء لو توقفت المباشرة الحقيقية على مباشرة الفعل لجميع المفعول لهل وجود الحقائق بل يكاد يلحق بالدم فانه يلزم أن نحو ضربت زيدا وأبصرت عمرا مجاز لعدم العموم . وتنظيرهم بآية التيمم غير صحيح لأن فعل الرسول ﷺ في التيمم اتصل ببيانها فصرفها إلى التعميم ، ولولا البيان لا كفى فيه بمسح البعض عملا بالقاعدة المعروفة في الصاق الفعل بالمفعول : وعلى هذا فلا يكون في الآية لإجمال بل تكون من قبيل المطلق الذي يكفي فيه حصوله في فرد من أفرادها ولنا أن نسلم صحة احتمال الزيادة وأنه مساو لاحتمال الاصاق وأن الآية بذلك تكون بجملة يرجع في بيانها إلى فعل الرسول ولكن قولهم إن الرسول ﷺ لم يصح عنه أنه اقتصر على مسح البعض ممنوع فإن الاحاديث التي قدمناها في الاستدلال للشافعية ثابتة وهي صريحة في عدم مسح الكل فلا يثبت مدعاهم من وجوب التعميم .

ويتجه على الحنفية في التوجيه الأول أن القاعدة التي ذكروها من أن الباء إذا دخلت على الممسوح اقتضت استيعاب الآلة وإذا دخلت على الآلة اقتضت استيعاب الممسوح لا يعرف لها في اللغة أصل ولا شاعدا في الاستعمال لأنك تقول مسحت يدي بالحائط ولا يتوقف صدقه على استيعاب اليد كما تقول مسحت الحائط بيدي ولا يتوقف صدقه أيضا على استيعاب الحائط ومثل ذلك كثير في الاستعمال الشائع المعروف والحق أن الأمر في مثل هذا يرجع إلى الأغراض والقرائن .

على أن الظاهر من الآية السكرية أن الفعل فيها منزل منزلة اللازم وليس المفعول مقدرًا في نظم الكلام ولا يحتاج إلى تقديره فيه فليس المطلوب فيها إلا إيقاع المسح على الرأس . أما تقدير المفعول وتعيين أنه اليد وأن الكلام يقتضى استيعابها في المسح فلا دلالة في الآية على شيء منه .

ويتجه عليهم في الثاني أن الأحاديث الواردة في الباب على فرض اجمال الآية ترفع ذلك الاجمال الناشئ من احتمال الزيادة المفيد لتعميم الرأس بالمسح احتمال الاصاق الذي يفيد أن المطلوب هو مطلق المسح الصادق بالكل وبأى بعض منه وتفيد أن المراد هو مطلق الاصاق ويقتصر عمل تلك الأحاديث على هذا . وليس لهم أن يقولوا أن الأحاديث قيدت المطلق بفرد معين وهو مقدار الناصية فما فوقه لأن هذا يكون تفيدًا للمطلق ومن قواعدهم إن تهيب المطلق نسخ له وهو لا يثبت بخبر الآحاد عندهم . وبهذا يبقى المطلق على إطلاقه ويجزى أى فرد منه ، والزام النبي ﷺ مسح الناصية فما فوقها لا يمنع جواز الأقل .

لا يقال إن مسح الأقل لو كان جائزًا لفعله النبي ﷺ ولو مرة تعليمًا للجواز لانا نقول : محل ذلك إذا كان الجواز مترققًا على فعله فأما إذا كان له دليل غير الفعل فإنه يستفاد من ذلك الدليل ولا يتوقف على الفعل فإن النبي ﷺ قد واظب على المضمضة والاستنشاق ومع ذلك قال الحنفية بعدم وجوبهما أخذًا من أدلة أخرى دالة على جواز الترك وآية مسح الرأس بعد بيانها بالأحاديث صارت مطلقة تفيد الاكتفاء بأى فرد شأن المطلق .

ويتجه على الشافعية أن التوجيه الذى ذكره — وإن كان وجهًا قويًا لا يفيد جواز الاكتفاء بمسح شعرة أو ثلاث شعرات فإن مادة المسح تقتضى امرار ما به المسح على الرأس وذلك لا يتحقق بمسح شعرات تعد فإن ذلك يكفي فيه وضع جزء يسير من أصبع على الرأس ومثل هذا لا يقال له مسح لغة ولا عرفًا .

فالحق أن الآية من قبيل المطاق وأنها لا تدل على أكثر من إيقاع المسح بالرأس وذلك يتحقق بمسح الكل وبمسح أى جزء قل أم كثر ما دام في دائرة ما يصدق عليه اسم المسح . وأن مسح شعرة أو ثلاث شعرات لا يصدق عليه ذلك . والله أعلم .

الموضوع الثاني

في أمور تختلف الأئمة في فرضيتها

قال الحنفية ليس للوضوء فرائض غير الأربعة التي صرح بها النظم الكريم وخالفهم في ذلك الأئمة الثلاثة . فالشافعية زادوا فرضي النية والترتيب والحنابلة زادوا النية والترتيب والمواالة — وزاد المالكية النية والمواالة والتدليك — ومن هذا يعلم أن ثلاثهم اتفقوا على زيادة النية وأن المالكية انفردوا بإثبات فرضية التدليك . وأن الشافعية والحنابلة اتفقوا على إثبات فرضية الترتيب . وأن المالكية والحنابلة اتفقوا على إثبات فرضية المواالة وسنجعلها على هذا الترتيب في الأدلة والنظر .

النية

لانية معنيان : أولها قصد الشيء مقترنا بفعله . ثانيهما قصد التقرب وامتنال الأمر . فان فسرت النية بالاول وهو العام . كانت ثمرة الخلاف بين المبتين لفرضيتها في الوضوء والتأفين لها صحة وضوء الناهل والملقى في الماء وعدمها . أما الفعل الصادر قصداً واختياراً فهو على هذا وضوء — شرعى باتفاق الطرفين وان لم يكن بنية رفع الحدث أو استباحة الصلاة أو مالا يحل الا به كالوضوء بقصد التبرد أو التنظيف الذي تجرى به عادة الناس لكن المنصوص عليه في كتب الأئمة الثلاثة أن الوضوء بقصد التبرد أو التنظيف ليس وضوءاً شرعياً وعلى هذا يكون محل الخلاف بينهم هو المعنى الثاني الخاص .

فغير الحنفية يقولون بفرضية قصد التقرب او رفع الحدث مثلاً والحنفية يقولون بعدم فرضيته في الوضوء فالمدفوع في الماء والمتبرد به متوضآن عندهم خلافاً للأئمة الثلاثة .

ومقتضى النظر أن مطلق القصد شرط طبيعي لتحقيق الفعل الاختياري وبعدمه لا يصدق على الشخص (انه فعل) فالمدفوع الى الماء ومن صب عليه الماء حتى عمه لا ينسب اليهما الفعل يشهد بذلك اللغة والعرف .

وإذا كان القصد العام شرطا طبيعيا لتحقق نسبة العقل للفاعل فلا معنى للقول بوجوبه أو سنيته . والذي يصح أن يكون فرضا أو سنة إنما هو قصد التقرب أو امتثال الأمر . وبذلك تنحصر ثمرة الخلاف في المتبرد والمتنظف ويرشد الى هذا تفسير الحنفية للنية التي جعلوها سنة بقولهم (قصد إزالة الحدث أو إباحة الصلاة وهي فرض عند الشافعي وسنة عندنا) فانه صريح في ان محل الخلاف هو المعنى الخاص ولم تجد منهم من فسر النية في محل النزاع بمجرد القصد حتى تكون حركة الذاهل في الماء وضرا عندهم إلا ان تفريعاتهم وبعض كلماتهم في الاستدلال صريحة في اعتباره وضرا لنا كان محل الخلاف النية بالمعنى الخاص .

فغير الحنفية يشبّهون فرضيته والحنفية ينفونها ، ولا يخفى أن نفي المقيّد يصدق القيد فقط وينفي المقيّد فما ليس فيه قصد أصلا . وما قصده غير التقرب وضوء عند الحنفية وليس وضرا عند غيرهم هذا وقد علمت ما يقضى به وجه النظر في محل الخلاف وهو أن يتوجه النفي إلى القيد فقط .

الأدلة

استدل الجمهور على فرضية النية في الوضوء بما يأتي :

أولا — قوله ﷺ في المتفق على صحته (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى) قالوا : إن الوضوء عمل . وقد أفاد الحديث أن العمل لا يوجد شرعا إلا بنية وهو عام لا يختص به بعض دون بعض .

ثانيا — قوله تعالى (وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين) نفي سبحانه وتعالى أن يكون قد أمرنا بشيء إلا بعبادته مخلصين له الدين الذي أمرنا به .

وهو عام يشمل جميع ما أمرنا به . والوضوء مأموره . فلزم فيه إخلاص النية لله .

ثالثا — قالوا الوضوء عبادة ذات أركان فوجب فيها النية كالصلاة : والوضوء طهارة من حدث تستباح بها الصلاة فلا تصح بلانية كالتيمم .

رابعا — قوله تعالى في آية الوضوء (فاغسلوا وجوهكم) الآية فانه قد

أمر به عند القيام إلى الصلاة . ومثل هذا يدل على طلب الفعل لأجل الشرط نظيره اذا لقيت العالم فترجل فالمطلوب غسل الاعضاء لأجل الصلاة وهو معنى النية .

واستدل الحنفية بما يأتي :

أولاً — ان آية الوضوء لم تأمر إلا بغسل الاعضاء الثلاثة والمسح بالرأس ومقتضى الامر حصول الإجزاء بفعل المأمور به من غير توقف على شيء آخر وإثبات فرضيتها بحديث الأحاد زيادة على نص الكتاب والزيادة على الكتاب نسخ لا يصح بالآحاد .

ثانياً — ان الوضوء طهارة بما فلا تشترط لها النية كإزالة النجاسة . وأيضاً ان الوضوء شرط للصلاة لا على طريق البدل فلا تجب له نية كستر العورة .

ثالثاً — من الفروع المتفق عليها أن الذميمة لو انقطع حيضها يحل لزوجها المسلم وطؤها إذا اغتسلت ولو كانت النية فرضاً لما حلت لزوجها ولا قائل بالفصل بين الغسل والوضوء .

هذا هي أدلة الفريقين في المسألة : وقد ناقش كل فريق أدلة الآخر فقبل للجمهور إن الحديث وارد في قبول الأعمال وعدم قبولها ولا دخل له في الصحة وعدمها ويدل عليه قوله : فمن كانت هجرته الخ ولا يلزم من توقف القبول على النية توقف الصحة عليها فكم من عمل صحيح شرعاً غير مقبول . وظاهر أن تحقق الوضوء شرطاً لصحة الصلاة لا يتوقف على أن يكون مقبولاً بل يكفي أن يكون صحيحاً شرعاً .

وقيل لهم في آية وما أمروا إلا ليعبدوا الخ على فرض أن العبادة أعم من التوحيد . فنحن نقول بموجبها أن الوضوء لا يكون عبادة إلا بالنية والاخلاص لله . والوضوء باعتباره شرطاً للصلاة لا يلزم أن يكون عبادة وليس كل مأمور به عبادة فان المأمور به قسمان : مأمور به لذاته ، كالصلاة .

وهذا عبادة لا بد في صحته من النية . ومأمور به لغيره والمطلوب حصوله لا تحصيله شأن الوسائل والشروط والوضوء من قبيل الثاني لا الأول . على أن الاخلاص المذكور في الآية هو الاخلاص المعتبر في القبول عند الله . وليس هو النية المعتبرة شرطاً لصحة العمل فانها توجد بدونها كما في المرائي وضوئه وصلاته وقيل لهم في آية الوضوء إن غاية ما تدل عليه وجوب الوضوء حين تحقق الشرط أما أن يقصد المتوضى حين الغسل أن وضوءه لأجل الصلاة وأنه امتثال الامر فلا تدل عليه .

وقيل لهم في القياس الأول لا نسلم أن الوضوء من جهة كونه شرطاً للصلاة عبادة . نعم قد يكون عبادة وعندئذ لا بد له من النية . وفي القياس الثاني أنه قياس مع الفارق ، لأن الوضوء بالماء الذي هو مطهر بنفسه أما التيمم فهو بالتراب الملوث بطبعه ولا يكون مطهراً إلا بالنية ويدل عليه أن التيمم لا يزيل الحدث بدليل وجوب الوضوء إذا وجد التيمم ماء . فالتيمم تعبد محض ولا بد في مثله من النية . والوضوء ليس كذلك . على أن هذا القياس فاسد في ذاته . لأن شرط صحة القياس ألا يكون الأصل متأخراً في المشروعية عن الفرع ولا شك أن التيمم متأخر فيها عن الوضوء

° ° °

وقيل للحنفية : سلمنا أن آية الوضوء لم تأمر إلا بما ذكر فيها ولكن ننزع قولكم إن مقتضى الأمر حصول الإجزاء بفعل المأمور به بل مقتضى الأمر عند الجميع وجوب المأمور به وهذا لا يمنع أن الشارع اشترط له شروطاً أخر استفيدت من دليله أو من غيره . ألا يرون أن التيمم مأمور به ومع ذلك لا يجزئ مجرداً عن نية الطهارة أو رفع الحدث .

ولانسلم أن فرضية النية ثبتت بحديث الآحاد . إنما ثبتت بعمومات الدين القاضية بالاخلاص في العبادات فليس من قبيل الزيادة على الكتاب بخبر الواحد كما تظنون ولوسلمنا أنه بحديث الآحاد فكيف أثبتت أحاديث الآحاد ما ليس في القرآن . وفرق بين إثبات ما لم يعرض القرآن له بنى أو إثبات ما عرض القرآن لنتفيه . والممنوع هو الثاني لا الأول وآية الوضوء وإن لم تثبت النية فليس فيها ما ينفيها . أما قياسهم على إزالة النجاسة فقياس مع الفارق إذ المقصود في المقيس عليه إزالة أمر حسي فيكون حصوله أما المقصود في الوضوء فإن إزالة مانعية حكمية شرعية فالتعبد فيها هو الظاهر فتححتاج إلى النية وبهذا الاعتبار كان قياسه على التيمم أولى من قياسه على إزالة النجاسة وأما قياسهم الوضوء على ستر العورة فقياس مع الفارق لأن ستر العورة أدب عام يطلب من غير المكلف ومن ليس أهلاً للصلاة والعبادة كمنجئون وصبي لا يميز أما الوضوء فشرط خاص بالصلاة وما ألحق بها فيأخذ حكمها .

أما حل وطء الذميمة بالغسل المجرد عن النية فضرورة دعت إليها حالة الزواج ولذا لا يعتد بهذا الغسل بعد إسلامها في الصلاة ومثاتها . وقد أباح الشارع نكاح

الكتابية مع العلم بعدم التزامها أحكام الدين وعدم صحة النية منها فدل ذلك على أنه يترخص في السكاح وتوابعه ما لا يترخص في غيره من العبادات . هذا ما ناقش به كل فريق أدلة الآخر والكلام كما ترى سجال وليس من شيء يستدل به أحد الفريقين الا ويوجه عليه من قبل الآخر نقدا ومنع . أما الذي نرى فيدين بما يأتي

لا شك أن محل النزاع هو النية بمعنى قصد رفع الحدث لا النية بمعنى إخلاص العمل فانها بهذا المعنى شرط في القبول ولا يلزم من عدمها عدم النية بالمعنى الأول وبهذا يتضح أن استدلال الأئمة الثلاثة بحديث . إنما الأعمال بالنيات وآية . وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين استدلال في غير محل النزاع وقد سبق بيانه .

ولا شك أن الوضوء مأمور به شرطا للصلاة ، والآية صريحة في طلبه عند إرادتها ومثل هذا التركيب يدل لغة وعرفا على أن الجزاء مطلوب للشرط كما سبق بيانه . ومقتضى الأمر وجوب المأمور به على الوجه المأمور به وقد علمت دلالة الآية على طلب الوضوء للصلاة وهو معنى افتراض النية . ومن هذا يبين أنه لا دخل لحديث الآحاد في اثبات الفرضية حتى يقال لا يرد به على الكتاب .

ولا شك في أن الوضوء كالتييم كلاهما مأمور به طهارة شرعية ترفع مانعية شرعية حكمية وتبيح ما لا يستباح مع تلك المانعية . وهذه الطهارة محض اعتبار من الشارع لا مدخل للماء ولا للتراب فيه حسا فجأة التعبد فيها ظاهرة ومثلها يحتاج إلى النية . وكان من أثر ذلك الاجماع على وجوب النية في التيمم أما قول الحنفية أن الماء خلق طهورا فلا يحتاج في تطهيره الاعضاء الى نية فلا يفيد لأن طهورية الماء الواردة في قوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا . المراد بها الطهورية الحسية التي هي صفاء الماء ونقاؤه من الشوائب التي تضعف خصائصه . يدل على ذلك سياق الآية وسباقها انظر قوله تعالى ولنجي به بلدة ميتا ونسقيه مما خلقنا أنعاما وأناسي كثيرا . وبذلك تعلم أن الآية بمنجاة عن الطهورية الشرعية التي كلامنا فيها على أنه كما ورد أن التراب طهور وكما قال الله في جانب الماء ليطهركم به . قال في جانب التراب ليطهركم به نعم اعتبر الشارع الماء أصلا في تلك الطهارة الشرعية لكن ذلك لا يقتضى أن بينهما فرقا من حيث إزالة المانعية التي باعتبارها تجب النية وأما قول بعض الحنفية ان النية وجبت في التيمم لتصريح آيته بالقصد ولم يوجد

ذلك في آية الوضوء فقد رده الكمال بأن الصّد الذي ينبغي غشه التيمم ليس هو القصد المشروط في الصحة الذي هو قصد استباحة الصلاة أو ما لا يحل إلا به . والذي في الآية قصد التراب لاستعماله . ولعلك بعد التأمل فيما سلف يظهر لك رجحان القول بفرضية النية في الوضوء وأن عموم الماء للأعضاء بدون قصد أصلا أو بقصد التبرّد ليس غسلا للصلاة حتى يؤدي مهمته الشرعية ويحقق المأمور به كما أمر به .

التدليك

عرف المالكية ذلك الذي جعلوه من فرائض الوضوء بقولهم : إمرار اليد على العضو ولو بعد صب الماء قبل جفافه واستبدلوا على قرضيته بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب فقوله تعالى . فاغسلوا . قالوا ليس الغسل مجرد إصابة الماء للعضو فان ذلك يتحقق بالغمس وبالصب ولا يقال لواحد منهما في اللغة بمجرد أنه غسل . والمعروف في اللغة والعرف أن إصابة الماء لا تكون غسلا إلا إذا صاحبها الإمرار بشيء آخر على الجسم ولا نعلم بالدلك أكثر من هذا وقوله تعالى في آية الغسل وإن كنتم جنبا فاطهروا . قالوا : الصيغة للبالغ والمبالغة إنما تكون بالدلك .

أما السنة . فقد ذكر لهم منها أن النبي ﷺ حين علم عائشة الغسل من الجنابة أمرها بالدلك والتتبع . ومنها أنه قال . أن تحت كل شمرة جنابة فاغسلوا الشعر وأنقوا البشرة .

أما القياس . فقاموا طهارة الحدث على إزالة النجاسة حيث لا تجزى إلا بالعرك وهو الدلك .

واستدل الجمهور بأنه ليس في آية الوضوء ما يفيد ، ولا في السنة ما يشبهه أما الآية فلم يذكر فيها سوى الغسل وهو إصابة الماء للعضو وأما السنة فكل من وصف وضوءه ﷺ لم يذكر فيه التدليك والثابت في صفة غسله عليه الصلاة والسلام مجرد الإفاضة نعم كان يتتبع مواضع الشعر ليصل الماء إلى البشرة لا لأن الدلك مفروض . فلما نشأ رضي الله عنها في الصحيحين ثم أفاض على سائر جسده ، ولميمونة فيما رواه الجماعة ، ثم أفرغ على جسده ، ولأم سلة فيما رواه الجماعة إلا البخاري

« إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث خشيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين »
وهكذا سائر ما روى عنه عليه السلام عملاً وتعليماً في الغسل ، وإذا لم يكن التدليك واجباً
في الغسل لا يكون واجباً في الوضوء فالقول بفرضيته قول بلا مستند وزيادة محضة على
حاشي الكتاب والسنة فلا يعول عليه . هذا وقد ناقش الجمهور أدلة المالكية فنعموا
دخول الدلك في مفهوم الغسل لغة ، ومنعوا دلالة صيغة المبالغة في آية (وإن كنتم
جنباً فاطهروا) عليه بأنها جاءت في التيمم ، ولكن يريد ليطهركم ، مع أنه مسح
خفيف بالإجماع وقالوا ليس قياس غسل الجنابة على إزالة النجاسة التي تحتاج إلى
ذلك بأولى من قياسه على إزالة النجاسة التي يكفي في إزالتها صب الماء فقط على أن
النجاسة عين تجب إزالتها وليس في جلد المحدث عين يجب إزالتها فلا يصح هذا القياس .

هذا والمتنع للاستعمال العربي يحد فارقاً كبيراً بين معاني الألفاظ الآتية :

أسال — صب — غمس — غسل . فالأسالة إرسال الماء على الجسم . والصب
إزالة عليه . والغمس إدخال الجسم فيه . والغسل امرار اليد أو نحوها بالماء على
الجسم لتنظيفه وإزالة ما به من الأدران . وهذا فرق لا يمكن إنكاره .

وفي الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بصبي لم يأكل الطعام فبال على ثوبه فأتبعه الماء
ولم يغسله وهو نص في الفرق الذي ذكرنا . ومن هذا يقين أن امرار اليد أو نحوها
داخل في مفهوم مادة غسل قد عبر بها القرآن في جانب كل من الوضوء
والغسل (فاعسلوا وجوهكم . حتى تغتسلوا) فكان مقتضاه اشتراط امرار اليد في كل
منهما وبه قال مالك رضي الله تعالى عنه غير أن من وصف غسل النبي صلى الله عليه وسلم أو تعلم
منه الغسل لم ينقل أنه أمر يده أو نحوها بالماء على الجسم كله أو أمراً بذلك .

وإنما نقل أنه كان يغسل أعضاء الوضوء ثم يفيض الماء على سائر جسده بلفظ الإفاضة
أو الافراغ وكان ذلك دليلاً على أن المراد بمادة غسل في جانب الغسل مجرد الإفاضة .
ولعل ذلك لما في التزام الامرار بسائر الجسد من الحرج والاشقة ما يوجب
المشاعر الذي قال في معرض الطهارة .

ما يريد الله ليحكم هليكم من حرج وبقيت المادة وأعضاء الوضوء على معناها
المعروف وهو امرار اليد بالماء على العرض نظراً لعدم الحرج في ذلك وليس الناس
بحاجة إلى نقل الدلك على رسول الله ما داموا مجمعين على أنه كان يغسل الأعضاء ومن

ضرورة الغسل الدالك كما عرفت يرشد إلى ذلك أن الرواة يذكرون في صفة اغتساله مادة الغسل بالنسبة لأعضاء الوضوء وكلمات الافاضة والافراغ والحنى بالنسبة لسائر الجسد فوقع ذلك بيانا المراد من المادة في جانب الاغتسال .

ومن هذا يظهر أن مقتضى الدليل فرضية الدالك في الوضوء وفي غسل أعضائه في الغسل . ولو ذهب إلى ذلك ذاهب لما كان بعيدا . قال الكمال في فتح القدير تعليقا على قول صاحب الهداية : والغسل هو الاسالة . .

يفيد أن الدالك ليس في حقيقته خلافا لمالك فلا يتوقف تحققه عليه ومرجعهم فيه قول العرب غسل المعطر الأرض وليس في ذلك إلا الاسالة وهو ممنوع بأن وقعها من تلوي خصوصا مع الشدة والتكرار ذلك أى ذلك وهم لا يقولونه إلا إذا نظمت الأرض وهو إنما يكون بالدلك . وبأنه غير مناسب للمعنى المعقول من شرعية الغسل وهو تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة للقيام بين يدي الرب سبحانه وتعالى تخفيفا وإلا فالقياس الكل والناس بين حضري وقروى خشن الأطراف لايزيل ما استحكم في خشونتها إلا الدالك . فالاسالة لا تحصل مقصود الشرعية اهـ .

ولعلك تجد في قوله بيانا للحكمة . تحسين هيئة الأعضاء الظاهرة تخفيفا ما يقرب لك وجه التفرقة التي ذكرنا بين أعضاء الوضوء وسائر الجسد من اعتبار الدالك في الأول دون الثاني .

الترتيب

الترتيب هو الاتيان بفرائض الوضوء مرتبة على النحو الذي ذكرت به في النظم الكريم .

واستدل الشافعية والحنابلة على فرضيته في الوضوء بالكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فأية الوضوء نفسها وذكروا لذلك وجهين .

الأول — أن أعضاء الوضوء لم تذكر في الآية بترتيب وجودها في الخارج كالرأس واليدين والرجلين . ولا بقاعدة ضم المتجانس بعضها الى بعض كان يذكر المغسول ثم الممسوح . وإنما وردت على هذا الترتيب الخاص الذي خالف مقتضى الترتيب الخارجى ومقتضى الظاهر على ما أسلفنا . فوردت الآية على هذا الوجه

لا بد له من فائدة ، وليس هناك ما يصلح فائدة إلا الدلالة على أنه واجب في الوضوء وإلا لما قطع النظر عن النظر ، وخواف الترتيب الوجودى . وبذلك الوجه تكون الآية ظاهرة في الترتيب .

الثانى — سلمنا أن الآية ليست ظاهرة فيه ولكنها من غير شك تحتمله احتمالا مساويا وقد ترجع جانبه بقوله عليه الصلاة والسلام ابدأوا بما بدأ الله به . وهذا أصل عام يعمل به فى كل ما أشبه سببه لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب فيتصل هذا بآية الوضوء بيانا ويدل على وجوب الترتيب فيه .

أما السنة فقد مضى عمل الرسول ﷺ وأصحابه من بعده على التوضؤ بالترتيب المنصوص عليه فى الآية وكل من نقل وضوءه ﷺ وصفه مرتباً ولم ينقل فى ذلك خلاف لأحد مع كثرة الرواة وكثرة المواطن التى رأوه فيها فلو جاز الوضوء غير مرتب أترك الترتيب فى بعض الاوقات ولو مرة تعليماً الجواز كما ترك التكرار فى أوقات لذلك .

أما القياس فقالوا أنه عبادة تشتمل على أفعال متغايرة يرتبط بعضها ببعض فى تحقيق الغرض المقصود منها : فوجب فيها الترتيب كالصلاة والحج واستدل الحج أو استدلال الحنفية والمالكية بما يأتى :

أولاً — عطفت آية الوضوء أعضائه بعضها على بعض بالواو وهى لا تقتضى الترتيب فعلى أى وجه تحققت جملة المطلوب فقد أجزأت وضوءاً شرعياً فالقول بوجوب الترتيب زيادة على النص بغير مستند فلا تقبل .

ثانياً — روى البخارى عن عمار بن ياسر أنه ﷺ عليه التيمم فسبح بيديه قبل وجهه ولا فرق بين الوضوء والتيمم . وروى عن على وابن مسعود ، ما أبالى بأى أعضائى بدأت ، وعن ابن مسعود ، لا بأس أن تبدأ برجليك قبل يديك فى الوضوء ، وعن ابن عباس ، أنه ﷺ توضأ فغسل وجهه ثم رجليه ثم مسح رأسه ، .

ثالثاً — الوضوء طهارة فلا يجب فيها ترتيب كالغسل وكقديم اليدين على الشمال وقالوا لو اغتسل المحدث دفعة واحدة ارتفع حدثه . هذا والمعول عليه عندهم فى عدم فرضية الترتيب هو البراءة الأصلية وعدم قيام حجة عليه قال ابن نجيم فى شرح

الكـنز (والحاصل أنه لا حاجة إلى إقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به) .

* * *

قيل للشافعية والحنابلة إن فائدة ورود النظام على هذا الترتيب لا يلزم أن تكون هي الدلالة على وجوب الترتيب لم لا يجوز أن تكون هي التنبيه على وجوب الاقتصاد في صب الماء على الأرجل نظرا لأنها مظنة الاسراف فلا يفيد وجوب الترتيب .

وقيل لهم إن حديث . أبدأوا بما بدأ الله به حديث آحاد فلا يثبت به الفرض ولا يزداد به على الكتاب . وقيل لهم . إن المواظبة لا تدل على الوجوب لتحقيقها في المضمضة والاستنشاق مع قواكم بعدم وجوبهما في الوضوء والدلالة على الجواز تستفاد من عدم الانكار على من لم يفعل فلا تتوقف إقامة الجواز على تركه ﷺ وقيل لهم في القياس قياس في العبادة وهو غير جائز : سلمنا ولكنه في إثبات الشرط الشرعي وهو لا يثبت به وقيل للحنفية والمالكية قواكم العطف بالواو وهي لا تقتضي الترتيب مسلم عند عدم القرائن الدالة على إرادة الترتيب والقرائن الدالة عليه كثيرة وهي المواظبة وحديث أبدأوا ومخالفة مقتضى الظاهر في الأسلوب العربي ومعنى المروى عنه ، على وابن مسعود عدم الترتيب بين المين والشمال ونحن لا نقول به . وذلك لأنهما لم يذكرنا مرتين بل جملة واحدة كالجسم في الغسل فلا يصح القياس عليه . أما رواية ابن مسعود الثانية وحديث ابن عباس فلم يثبت واحد منهما كما نص عليه علماء الرواية والحديث والفرع الذي ذكروا غير مسلم ولو سلم فرفع الحدث الأصغر بالغسل لأنه يرفع الأكبر والأصغر في ضمنه فلم يكن للوضوء فائدة في أصل رفع الحدث .

* * *

والذي نراه أن الثأفين في وجوب الترتيب يشعرون بضعف أدلتهم التي أوردوها على عدم فريضته فراحوا يقولون لا حاجة إلى إقامة الدليل على عدم الافتراض لأنه الأصل ومدعيه مطالب به وهي كلمة حق لأن الوجوب خلاف الأصل ومدعيه مطالب بدليله وقد أتى فعلا بأدلة إن لم تثبت الفرضية فلا أقل من أن تثبت الوجوب

الذى يترتب على تركه عند الحنفية لزوم الاعادة أو استقرار كراهة التحريم وأما الفائدة التى أبدوها للترتيب وهى الاقتصاد فى صب الماء ففائدة ليس من شأنها أن تقصد فى هذا المقام كيف والاقتصاد فى صب الماء على العموم تكفلت به عمومات وخصوصات وهو فوق ذلك ليس من مقومات الوضوء التى سبقت الآلية بجوهرها وأسلوبها لافادتها .

وقولهم ان حديثه ابدأوا حديث أحاد فلا تثبت به فرضيته مبنى على قولهم الزيادة على الكتاب نسخ وهو غير مسلم . ولو سلم فالحديث متصل بالآية بيانا لارادة أشد الاحتمالين . والثبوت فى مثل هذا مضاف الى الميّن باتفاق .

وقد أخذ المالكية والحنفية بهذا الحديث فى باب الحج وقالوا (إن بدأ بالمروءة لا يحتسب هذا الشوط) وأثبتوا به شرطية البداية فى وجوب السعى بالصفا ، وقولهم ان المواظبة لا تدل على الوجوب لتحقيقها فى المضمضة والاستنشاق مع عدم وجوبهما لا يسلمه الحنابلة لأنهم يقولون بوجوبهما فى الوضوء . وللشافعية أن يقولوا أن إسم الوجه لا يتناول إلا ما به المواجهة وداخل الفم والأنف ليس منه واللفظ فى العربية لا يدل عليهما بخلاف الترتيب فان الأسلوب كما ذكروا يدل عليه على أن الحق وجوب المضمضة والاستنشاق فى الوضوء . قال الشوكانى نفلا عن صاحب الفتح . وذكر ابن المنذر أن الشافعى لم يحتج على عدم وجوب الاستنشاق مع صحة الأمر به الا لكونه لا يعلم خلافا فى أن تاركه لا يعيد وهذا دليل فقهي فانه لا يحفظ ذلك عن أحد من الصحابة والتابعين إلا عن عطاء وهكذا ذكر ابن حزم فى المحلى . ثم ساق الشوكانى بعد ذلك حديث الأمر بهما والمبالغة فيهما إلا فى الصوم . قال أبو الحسن ابن القطان . فهذا أمر صريح صحيح وانضم اليه مواظبة النبي ﷺ فثبت ذلك عن النبي ﷺ قولاً وفعلامع المواظبة ، وختم المسألة بقوله : إذا تقرر هذا علمت أن المذهب الحق وجوب المضمضة والاستنشاق والاستئثار به وبهذا بطل الاستدلال بهما على أن المواظبة لا تقضى الوجوب . ونقول هنا أيضاً . أن النبي ﷺ لم يترك الترتيب فى الوضوء قولاً ولا فعلاً ولم ينقل عن أحد من الصحابة أنهم نكسوا وضوءهم حتى يتوجه اليهم إنكار وذلك أنهم ما كانوا يفهمون من أسلوب الآية وفعل الرسول المتكرر الدائم وتعليمه العام إلا لزوم الترتيب

في الوضوء ولما لم توجد مواظبة على الترتيب في التيمم فهم أن الترتيب غير مراد في آيته وكان ذلك بيانا فيه يخالف البيان في آية الوضوء على أن مخالفة الظاهر في الاسلوب غير موجودة في التيمم لأن اليد بعد الوجه في الجسم والوظيفة فيهما واحدة وهي المسح فلم يتحقق الفضل بين المغسول والممسوح حتى يلمس له نكته وتكون النكته الترتيب فطلت الواو على أصلها وعلى ذلك جاء قول الرسول وفعله واستمر الصحابة على ذلك لا يعرفون غير الترتيب في الوضوء ولا يتوضؤون إلا مرتبين ثم درج المسلمون في إجماع العصور على الترتيب ولم يؤثر خلاف ذلك .

الموالة

هي متابعة أفعال الوضوء بحيث لا يقع بينها ما يعد فاصلا في العرف استدلال المالكية والحنابلة على فرضيتها بما يأتي :

أولا : ما روى خالد بن معدان عن بعض أزواج النبي ﷺ (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يصلي في ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء فأمره النبي ﷺ أن يعيد الوضوء) رواه أحمد وأبو داود . وزاد : والصلاة : قال الأثرم . قلت لأحمد هذا اسناده جيد . قال جيد .

ثانيا : أمر الكتاب بغسل الأعضاء المخصوصة وهو محتمل أن تغسل متتابعة أو غير متتابعة فجاءت السنة العملية التي لم ينقل عن الرسول خلافها مبنية للتتابع وعلى التتابع درج الأصحاب ومن بعدهم .

واستدل الآخرون بما رواه جرير بن حازم قتادة عن أنس بن مالك أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ وقد توضأ وترك على ظهر قدمه مثل موضع الظفر فقال له النبي ﷺ إرجع فأحسن وضوءك رواه أحمد وأبو داود والدارقطني . وقال انفرد به جرير بن حازم عن قتادة وهو ثقة . ووجه الاستدلال أنه لم يأمره إلا بالاحسان وهو يتحقق بغسل ذلك العضو الذي ترك شيء منه . ثم قالوا في حديث المثبتين أن ابن المنذر أعلاه بيقية ابن الوليد لأنه غنعه وقال : عن مجير ، وهو ضعيف إذا غنعن لتدليله وأن ابن القطان والبيهقي حكاهما عليه بالارسال لأنه لم يسم فيه الصحابي والاحتجاج به موضع نظر وأن النووي قال : حديث خالد ضعيف الاسناد .

وأنت بعد أن علمت أن الأثرم سأل أحمد عن إسناده فقال له جيد وأنه قال له إذا قال رجل من التابعين حدثني رجل من أصحاب رسول الله لم يسمه فالحديث صحيح قال نعم . وأن بقية صرح بالتحديث كما هو في المستدرک . وأن ابن حجر أنكر على النووي تضعيف الحديث . لا تشك بعد ذلك كله في صلاحية حديث خالد للاستدلال والبيان كيف وقد اتصلت به المواظبة فلم يبق سوى قولهم أن الأمر بالاحسان لا يقتضى الأمر بالاعادة ولا شك أن الاعادة بما يتحقق بها الاحسان فليحمل الأمر بالاحسان عليها جمعا بين الأدلة وعملا بالاحتياط الواجب في العبادة وبعد فإنا لا نؤكد نفهم أن رجلا يذهب ليتوضأ فيغسل وجهه ثم ينصرف لحاجة ما ويمضى ماشاء أن يمضى من الزمن ثم يعود فيغسل يديه ثم ينصرف لأخرى ويمضى فيها ماشاء من الزمن ثم يعود فيمسح برأسه ثم ينصرف ثم يعود فيغسل رجله ثم يكون بعد ذلك كله متوضأ وضوءاً شرعياً بحجة أن مرور الزمن ليس من نواقض الوضوء شرعاً ، وليس من شك في أن مثل هذا لا يكون إلا لاعبا غير مكترث ولو أنه فعل ذلك بأكله وشربه عد عابثاً هازلاً ولا نكر فعله العقلاء نعم للعاجز عن الموالاة حكم يخصه كسائر العاجزين عما كفهم الله .

قراءة الموثم

اتفق العلماء على أن الامام لا يحمل عن المأموم شيئاً من فرائض الصلاة غير القراءة أما القراءة فقد اختلفوا فيها على مذاهب .

ذهب الحنفية إلى أن القراءة ساقطة عن المأموم سرية كانت الصلاة أم جهرية ولو قرأ كره تحريماً . وقال السرخسى تفسد صلاته في قول عدة من الصحابة . منهم زيد بن ثابت وسعد بن أبي وقاص ونسب إلى محمد في شرح الهداية أنه استحسّن الموثم أن يقرأ الفاتحة احتياطاً ولكن قال صاحب الفتح ، والحق أن قول محمد كقولهما ، ونقل من كتب محمد ما هو صريح في منعه من القراءة ثم قال ، ولا يخفى أن الاحتياط في عدم القراءة خلف الامام لأن الاحتياط هو العمل بأقوى الدليلين وليس مقتضى أقواهما القراءة بل المنع ، .

وذهب الشافعية إلى وجوب القراءة على الموثم غير أنه يقرأ الفاتحة فقط إذا كانت الصلاة جهرية والفاتحة والسورة إذا كانت سرية .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن القراءة لا تجب على المؤتم مطلقاً . غير أن المالكية قالوا تندب في السرية وإن جهر فيها الإمام وتكره في الجهرية وإن لم يسمع من الإمام .

أما الحنابلة فقالوا تسن قراءته في سككات الإمام وفي الحالات التي لا يسمع فيها الإمام لأسراره أو بعده .

ويتلخص أن الحنفية يمنعون المؤتم من القراءة مطلقاً . والشافعية يوجبونها مطلقاً . والحنابلة والمالكية لا يوجبون ولا يمنعون . بل يستحبها الحنابلة في السككات وما ألحق بهاسرية كانت الصلاة أم جهرية يستحبها المالكية في السرية فقط .

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى : (وإذا قرأ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا لعلكم ترحمون) أخرج البيهقي عن الإمام أحمد قال : أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة . وأخرج عن مجاهد كان ﷺ يقرأ في الصلاة فسمع قراءة فتى من الانصار فنزل ، وإذا قرأ القرآن الآية ، . وعلى فرض أن الآية لم تنزل في الصلاة فالعبرة بما قرر الأصوليون بعدم اللفظ لا بخصوص السبب . والآية تطلب من المكلفين استماعا وهو خاص بالجهرية وانصاتا وهو يعم السرية والجهرية فيجب على المخاطبين أن يستمعوا فيما يحبره وأن ينصتوا فيما يسره وكان مقتضى ذلك أن يكون الاستماع فرضاً تركه حرام . لكن العمومات القاضية بطلب القراءة من كل مصل جعلت دلالة الآية ظنية مفيدة للوجوب الذي يوجب مخالفته كراهة التحريم .

أما السنة ، فمنها ، ما رواه أبو حنيفة عن عبد الله بن شداد عن جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال . من صلى خلف إمام فإن قراءة الإمام له قراءة . وهذا عام كما ترى فيشمل الجهرية والسرية . ويؤيده ما جاء في إحدى رواياته أن رجلاً قرأ خلف رسول الله ﷺ وكان ذلك في الظهر أو العصر . فجعل رجل من أصحاب النبي ﷺ ينهيه عن القراءة في الصلاة ، فلما انصرف أقبل عليه الرجل وقال : أنتهاني عن القراءة خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتنازعا حتى ذكر ذلك

للنبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم (من صلى خلف إمام الحديث) ،
فهذه القصة تدل على منع القراءة لأن جواب النبي صلى الله عليه وسلم فيها خرج
تقرير النهي الصحابي عن القراءة في الصلاة وقد كانت الصلاة سرية ، وإذا تقرر
النهى في السرية فمن باب أولى يتقرر في الجهرية وهذا الحديث قد رفته عدد من
المحدثين بطرق صحيحة ورواه أحمد عن جابر بإسناد قال فيه . إسناده صحيح متصل
رجاله كلهم ثقات ، ومنها ما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال . إنما جعل الإمام ليؤتم به فإذا كبر فكبروا وإذا قرأ فأنصتوا . صححه مسلم .

ومنها ما روى عن عمران بن حصين أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر
لجمل زجل يقرأ خلفه سبح اسم ربك الأعلى فلما انصرف قال . أياكم قرأ أو أياكم
القرأى فقال الرجل . أنا ، فقال لقد ظننت أن بعضكم خالفنيها ، متفق عليه ،
ومعنى خالفنيها نازعنيها ، وهذا الكلام يدل على إنكار القراءة وإذا أنكرت في
الظهر وهو صلاة سرية ففي الجهرية أولى .

هذا وقد وردت آثار عن كثير من الصحابة وكذا صريحة في المنع عن القراءة
فمن على ذلك ليس على الفطرة من قرأ خلف الإمام ، وعن ابن مسعود . وقد سئل عن
القراءة خلف الإمام . أنه قال : أنصت فإن في الصلاة شغلا ويكفيك الإمام .
وعنه أن من قرأ خلف الإمام ملأ فوه ترابا وعن سعد بن أبو وقاص . وددت
الذي يقرأ خلف الإمام في فيه جرة .

وأما القياس فقَالُوا . لو وجبت على المأموم لما سقطت عن المسبوق كسائر
الأركان فقاموا قراءة المؤتم . على قراءة المسبوق في حكم السقوط فتكون غير
مشروعة والاشتغال بغير المشروع مكروه .

واستدل الشافعية أولا بقوله تعالى فاقروا ما ينسر منه . بقوله ﷺ لا صلاة
إلا بقراءة . وقوله لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب . غير ذلك من العمومات القاضية
بفرضية القراءة على كل مصل مأموما كان أم غيره . قالوا . ولا يصح العدول عن
مقتضى العام إلى الصارف ناهض وليس ثبت ما يصلح لذلك فبقيت القراءة فرضا على
الكل واستدلوا ثانيا بحديث أنى هريرة برفعه . من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم
الكتاب فهي خداج غير تمام قال الراوى : فقلت يا أبا هريرة انى أكون أحيانا

وراء الامام . فغمزني في ذراعي وقال اقرأ بها في نفسك يا فارسي . رواه مسلم وأبو داود . وبحديث عبادة بن الصامت قال . صلى رسول الله ﷺ الصبح فقلت عليه القراءة فلما انصرف قال لاني اراكم تقرءون وراء امامكم . قال : قلنا يا رسول الله أى والله . قال : لا تفعلوا الا بأمر القرآن فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها . رواه أبو داود والترمذي فهذه الأحاديث خاصة بقراءة المأموم وهي صريحة في فرضيتها .

ثم قالوا . إن صحت . أحاديث الحنفية فهي بهذه الأحاديث محمولة على غير الفاتحة جمعا بين الأدلة المثبتة للقراءة والنافية لها .

واستدلوا ثالثا . بأن القراءة ركن فلا تسقط عن المأموم كسائر الأركان . واستدل المالكية والحنابلة على عدم وجوب القراءة في حق المأموم بما استدل به الحنفية . وقالوا أن غاية ما تدل عليه عدم الوجوب لا النهي عنها المقتضى للتحريم واستدلوا أيضا بما روى عن أبي الدرداء . قال سئل النبي ﷺ أنى كل صلاة قراءة ؟ فقال نعم . فقال رجل من الأنصار وجبت هذه . فقال لى رسول الله وكنت أقرب القوم اليه ما أرى الامام اذا أم القوم الا قد كفاهم . وبما روى عن جابر من صلى صلاة لا يقرأ فيها بأمر الكتاب فهي خداج إلا أن يكون وراء الامام . والحديثان ظاهران أيضا في عدم الوجوب . غير أن المالكية . خصوا الأمر بالاستماع والانصات بالصلاة الجهرية وأيده بما روى عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم انصرف من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال هل قرأ أحد منكم آتفا ؟ . فقال رجل نعم يا رسول الله قال : فاني أقول مالى أنازع القرآن فاتمى الناس عن القراءة مع رسول الله ﷺ فيما يجهر فيه من الصلوات بالقراءة حين سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود والنسائي والترمذي وقال حديث حسن وهذا الحديث صريح في كراهة القراءة للمؤتم حالة الجهر واستدلوا على استحباب القراءة في حالة السر بقول النبي صلى الله عليه وسلم . إذا أسررت بقرأتى فاقراء . رواه الدارقطني وإنما لم يحملوا الأمر في هذا الحديث على الوجوب جمعا بينه وبين الأدلة القاضية بعدم الوجوب وقد تقدمت . أما الحنابلة فتمسكوا بما تمسك به المالكية في الاستحباب حالة السر وألحقوا بها ما في معناها من

حالات عدم السماع لبعده أو لآفة . أو سكوت الامام : قالوا لانه في تلك الاحوال كلها غير سامع للقراءة فلا يحصل له مقصود الاستماع فأشبهه السرية .

قيل للحنفية : في الآية . ليس المقصود من الامر بالاستماع والانصات انتهى عن القراءة الواجبة في الصلاة . بل المقصود ألا يشتغلوا بما يدل على الاعراض عن القرآن عند قراءته ، يدل عليه ما جاء في سنن البيهقي عن أبي هريرة ومعاوية أنهما قالا : كان الناس يتكلمون في الصلاة فنزلت هذه الآية ولا شك أن الامر باستماع القرآن والانصات له إنما يتجه لمن لم يكن مشغلا بالقرآن قراءة أو استماعا فالآية لا تمنع القراءة لأن القارئ غير معرض حتى يقال له استمع وأنصت . على أن الظاهر من الآية أنها في الجهرية لأن مقصود الاستماع لا يتحقق الا فيها وأما قول الحنفية ان المطلوب بها أمران الاستماع وهو خاص بالجهرية والانصات وهو يشمل السرية فهو قول يذوق عن الذوق العربي فان الانصات ليس هو مجرد السكوت بل السكوت العميق بقصد الاحاطة بكل ما يسمع لتدبره وتفهمه وقيل لهم في الاحاديث . بعد تسليم صحتها ورفعها انها لا تدل على أكثر من عدم الوجوب وهذا لا يستلزم القول بكراهتها تحريما . على أن ظاهر قوله عليه السلام ظنت أن بعضكم خالفني . إنما هو النهي عن الجهر بالقراءة خلف الامام لأن الجهر بها هو الذي يحقق المخالفة . ولا يلزم من انكار الجهر بالقراءة انكارها وقيل لهم في القياس على المسبوق ان سقوط القراءة عن المسبوق لفوات محلها وهو القيام . وهذا غير متحقق في المأموم فلا يصح القياس اما الآثار التي رووها فعلى فرض صحتها فهي قول صحابي وهو ليس بمحجة على أنه لم يسم واحد منها عند أهل الترجيح .

وقيل للشافعية في العمومات انها مخصوصة بغير المأموم جميعا بين الأدلة لاسيما وقد خصصت من قبل بالمسبوق اتفاقا . على أن صلاة المأموم ليست خالية عن القراءة لأن الشارع أقام قراءة الامام مع استماع المأموم وانصاته مقام قراءة المأموم وقيل لهم في حديث أبي هريرة أنه محمول على غير المأموم كما جاء مصرحا به في حديث جابر إلا أن يكون وراء الإمام . أما قول أبي هريرة اقرأ بها في نفسك .

فقول صحابي . أما حديث عبادة . فقد قال ابن قدامة المقدسي في الشرح الكبير : لم يروه غير ابن اسحق ونافع بن محمود بن الربيع . وابن اسحق مدلس ، ونافع أدنى حالا منه . وقيل لهم في القياس أن الاستماع قام بالنص مقام القراءة فكان القياس في مقابلة النص فلا يسمع .

وقيل للحنابلة . ان الآية على فرض أنها في قراءة الصلاة كما قالوا ظاهرة في وجوب الاستماع في الجهرية وهو يناقض القول باستحباب القراءة مطلقاً وقيل للمالكية أن حديث أبي هريرة ضعيف لجهالة أحد رواة . ابن أكيمة والذي يمكن الركون إليه في هذا المقام يتبين مما يأتي :

د قد وردت في هذا الباب كما رأيت أحاديث ظاهرها التعارض وقد تناولها جميعا التضعيف والتصحيح ومان حديث يحتاج به فريق لإلا وينغمزه الفريق الآخر على حين يجتهد كل في تصحيح ما تمسك به وقد بلغوا في هذا الباب أن نالوا من ثقة الامام أبي حنيفة . وهو الذي لا ينال في ورعه وتحفظه . وأنا أمام معركة التعديل والتجريح وقد وصلت إلى هذا الحد لا نستطيع مجازاة المتحاربين حتى نسلك سبيل الترجيح بل نعمل إلى سبيل الجمع والتوفيق وهو خير وأولى .

لاشك أن الاصل في قراءة الصلاة الفرضية على كل مصل . وهو ما تقضى به العمومات كتاباً وسنة . كما أن آية « وإذا قرء القرآن » ظاهرة في وجوب الاستماع على المأموم عند جهر الامام بالقراءة . وقد جاء مؤيداً لهذا الظاهر كثير من الاحاديث وقد مرت بك . وبهذا تخص العمومات الموجبة للقراءة على كل مصل فيخرج منها المأموم في الصلاة الجهرية وتبقى في حق المأموم في السرية على أصلها . ولاشك أن مقصود الاستماع لا يتأتى مع القراءة فتكون منها عنها في حالة الجهر لا خللاً لها به وهو مجمل الاحاديث التي تنهى عن القراءة وراء الإمام . أما الاحاديث التي جاء فيها النهي عن القراءة في السرية فالمقصود بالنهاي عنه فيها الجهر والتشويش وسيأتي في الاحاديث يرشد إلى ذلك .

ومن هذا يظهر لك ترجيح القول بوجوب القراءة على المأموم في السرية وما الحق بها وخرمتها في الجهرية المسرعة وهو مختار الزهور الزهري وابن المبارك وقول لمالك وأحمد واسحق كما نقله صاحب المجموع عن ابن المنذر .

قال ابن العربي في تفسيره آية (وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) :
والذى نرجحه وجوب القراءة فى الاسرار لعموم الاخبار أما الجهر فلا سبيل إلى
القراءة فيه لثلاثة أوجه . أحدها أنه عمل أهل المدينة . الثانى أنه حكم القرآن . قال
الله سبحانه (وإذا قرىء القرآن فاستمعوا له وأنصتوا) وقد عضدته السنة بحديثين
أحدهما حديث عمران بن حصين (قد علمت أن بعضكم خارجها) الثانى قوله وإذا قرأ
فأنصتوا . الثالث فى الترجيح . أن القراءة مع جهر الامام لا سبيل إليها فتنى يقرأ ؟
فان قيل يقرأ فى سكنة الامام ، قلنا السكوت لا يلزم الإمام فكيف يركب فرض
على ما ليس بفرض لاسيما وقد وجدنا وجهها للقراءة مع الجهر وهى قراءة القلب
بالتدبر والتفكير ، وهذا نظام القرآن والحديث وحفظ العبادة ومراعاة السنة وعمل
بالترجيح والله أعلم .

قصر الصلاة فى السفر

اتفق الأئمة على أن للمسافر أن يقصر الصلاة الرباعية فىصاها ركعتين .
واختلفوا فى حكم ذلك القصر فذهب الحنفية الى أنه واجب عينا على المسافر فليس
فرضه إلا الركعتين . حتى إذا نوى أربعاً ولم يجلس على رأس الركعتين الاولين
بطلت صلاته وتركه فرض القمود الاخير . وإذا جلس صح فرضه وكان الركعتان
الاخريان له نافلة . وهو مذهب المادوية . وقال الخطاين فى معالم السنن :
« كان مذهب أكثر علماء السلف وفقهاء الامصار على أن القصر هو الواجب
فى السفر . وهو قول على وعمر وابن عمر وابن عباس ورأى عمر بن عبد العزيز
وقتادة وأحسن » .

وذهب الأئمة الثلاثة الى أن القصر ليس بواجب عينا وإنما هو رخصة فالمكلف
خير فى إسقاط الفرض بين عزيمة الاتمام ورخصة القصر غير أنهم اختلفوا فى حكم
هذه الرخصة .

فقال المالكية . إنها سنة مؤكدة يوجب تركها عمدا الاعادة فى الوقت وسهوا
سجود السهو .

وقال الحنابلة : أنها فضيلة ولا تنكره العزيمة وهو المشهور من ذهب الشافعية

إذا كان السفر ثلاثة أيام . وإن كان دونها فالإتمام أفضل . قالوا : وذلك للخروج من خلاف أبي حنيفة وموافقيه .

وإذا كانت العلة في أفضلية الإتمام عند الشافعية فيما إذا كان السفر دون الثلاثة هي الخروج من خلاف العلماء فأصل المذهب أفضلية الرخصة وهو من مذهب الحنابلة : وسنسير على هذا في الاستدلال إن شاء الله .

الأدلة

استدل الأئمة الثلاثة على أن القصر ليس واجباً عيناً بالكتاب والسنة والقياس أما الكتاب فقوله تعالى : وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتكم الذين كفروا ، ووجه الاستدلال أن الله نهي الجناح عنهم في القصر حين السفر . وهو يدل على مجرد رفع الإثم قال الشافعي : ولا يستعمل لاجتناح إلى في المباح كقوله : ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ، وقوله تعالى : لاجناح عليكم أن طلقتم النساء ، ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء ، ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعاً أو أشتاناً ، وأما قوله تعالى : وإن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما ، فالغرض منه نفي ما كان عليه القوم من التحرج من السعي لمسكان الإصنام ؛ وليس لبيان حكم السعي الذي استفيد من دليل آخر ، ٥١ .

وأما السنة (فأولاً) ما روى عن يعلى بن أمية قال : قلت لعمر بن الخطاب (فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتكم الذين كفروا) وقد أمن الناس : قال : هجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال (صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته) رواه الجماعة إلا البخاري والتعبير عن القصر بأنه صدقة يدل على مكان الرخصة فيه .

(وثانياً) ما جاء في صحيح مسلم وغيره أن الصحابة كانوا يسافرون مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهى القاصر ومنهم المتم ومنهم الصائم ومنهم المفطر لا يعيب بعضهم على بعض وهو نص في المطلوب .

(وثالثاً) ما روى عن عائشة رضي الله عنها قالت : خرجت مع النبي صلى الله

عليه وسلم في عمرة في رمضان فافطر وصمت وقصر وأتممت فقلت بأبي وأمي.
أفطرت وصمت وقصرت وأتممت فقال أحسنت يا عائشة (رواه الدارقطني وقال
هذا إسناد حسن .

(رابعا) ماروى عنها أيضا أن النبي صلى الله عليه وسلم (كان يقصر في السفر
ويتم ويفطر ويصوم) رواه الدارقطني وقال اسناد صحيح .

(خامسا) ماروى عن عبد الرحمن بن يزيد قال : صلى بنا عثمان بنى أربع
ركعات فقبل ذلك لعبد الله بن مسعود فاسترجع ثم قال : صليت مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم بنى ركعتين ثم صليت مع أبى بكر بنى ركعتين ثم صليت مع
عمر بنى ركعتين فليت حظى من أربع ركعات ركعتان متبعتان . قالوا . ولو كان
القصر واجبا لما وافقوه على تركه .

وأما القياس فن وجهين : أحدهما أن العلماء أجمعوا على صحة اقتداء المسافر
بالمقيم وعلى أن فرضه الانساق حينئذ . فلو كان القصر فرضا لما تغير بالاقتداء
خلف المقيم . أصله الصبح لما كان ركعتين فرضا لم يتغير بالاقتداء خلف مصلى
الظهر مثلا .

ثانيهما : انه رخصة أبيع للسفر كالمسح والفطر وجميع الرخص وهى مما يجوز
تركه باتفاق العلماء فليكن القصر كذلك .

أدلة القائلين بوجوب القصر

احتجوا على وجوب القصر بحجج .

الاولى — ملازمته صلى الله عليه وسلم للقصر فى جميع أسفاره ولم يصح عنه
أنه أتم الرباعية فى سفر قط .

وقد جاء فى ذلك حديث ابن عمر قال (صحبت النبي صلى الله عليه وسلم وكان
لا يزيد فى السفر على ركعتين وأبى بكر وعمر وعثمان كذلك) متفق عليه .

الثانية — (ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : فرضت الصلاة ركعتين ثم
هاجر ففرضت أرما وتركت صلاة السفر على الاول) رواه أحمد والبخارى وهو
متفق على صحته .

الثالثة — ماروى عن عمر أنه قال : صلاة السفر ركعتان وصلاة الاضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام من غير قصر على لسان محمد ﷺ ، رواه أحمد والنسائي وابن ماجه .

الرابعة — ماروى عن ابن عمر قال : (إن رسول الله ﷺ أتانا ونحن ضلال فعلنا فكان فيما علينا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلى ركعتين في السفر رواه النسائي .

الخامسة — قالوا إن الشفع الثاني لا يقضى ولا يؤثم بتركه باتفاق العلماء وهذا آية النافذة إذ لا يتصور ثبوت الترخص في الترك المطلق مع قيام الفرضية .

* * *

هذه حجج الفريقين في المسألة .

ويتجه على الفريق الاول في الاستدلال بالآية أنها وردت في قصر الصفة في صلاة الخوف لا في قصر العدد في السفر وذلك لما علم من سبق مشروعية قصر العدد على نزول الآية ويرشح حمل القصر في الآية على قصر الصفة قوله تعالى بعدها (وإذا كنت فيهم فأقت لهم الصلاة فلتقم طائفة) الخ . فانه ظاهر في بيان كيفية صلاة الخوف خاصة . وقوله تعالى (إن خفتم) يدل على اعتبار الخوف شرطاً في القصر ولا شك أن قصر العدد غير خاص بحالة الخوف اتفاقاً . فالغاء الشرط والغاء البيان وحمل الآية على قصر العدد مع التعميم في حالتى الامن والخوف خروج على الظاهر لا يصار اليه إلا بدليل ، نعم فهم بعض الناس أنها في قصر السفر وكان منهم عمر ولكن لما سأل الرسول ﷺ عن القصر في الامن واجابه بأنه صدقة علم أنه شرع مستقل عن الآية ولذلك قال : صلاة السفر ركعتان الخ . وقال أمية ابن خالد لعبد الله بن عمر . إنما نجد صلاة الخوف في القرآن ولا نجد صلاة السفر في القرآن ؟ فقال له ابن عمر : يا أخى إن الله بعث محمداً ﷺ ولا نعلم شيئاً فانما نفعل كما رأينا محمداً ﷺ يفعل .

ويتجه عليهم في حديث يعلى بن أمية أن التعبير عن القصر بالصلاة لا يدل على أن الاتمام هو العزيمة وأن القصر رخصة يجوز تركها لان اليسر وعدم الحرج

عماروعى فى أصل التشريع . وبهذا الاعتبار يصح التعبير بصدقة عن كثير من المشروعات الأصلية التى لا يجوز تركها .

ويتجه عليهم فيما استدلوا به من فعل الصحابة ما قاله الشوكانى فى نيل الأوطار : إننا لم نجد فى صحيح مسلم قوله (فمنهم القاصر ومنهم المتم) وليس فيه إلا أحاديث الصوم والافطار . وإذا ثبت ذلك فليس فيه أن النبى صلى الله عليه وسلم اطلع على ذلك وأقرهم عليه . وقد نادى أقواله وأفعاله بخلاف ذلك . وليس ذلك منهم بإجماع معتبر فانه قد تقرر أن إجماع الصحابة فى عصره صلى الله عليه وسلم ليس بحجة . على أن الخلاف بينهم فى ذلك مشهور بعد موته . وقد أنكر جماعة منهم على عثمان لما أتم بنى وتناولوا له تأويلات .

ويتجه عليهم فى حديث عائشة الأولى أن فى إسناده العلاء بن زهير عن عبد الرحمن بن الأسود . والعلاء بن زهير قال فيه ابن حبان : كان يروى عن الثقات مالا يشبه حديث الأئبات فيبطل الاحتجاج به فيما لا يوافق الأئبات . وعبد الرحمن بن الأسود اختلف فى سماعه منها فقبل دخل عليها وهو مراقب وقال أبو حاتم أدخل عليها وهو صغير ولم يسمع منها وبذلك يكون منقطعا . ثم قال صاحب البدر المنير إن فى متن الحديث نكارة وهو كون عائشة خرجت معه فى رمضان والمشهور أنه عليه السلام لم يعتصر إلا أربع عمر ليس منهن شيء فى رمضان . وقال ابن حزم هذا حديث لا خير فيه .

وعما يدل على بطلان هذا الحديث أن الزهرى قال لهشام : لما حدثه عن أبيه عن عائشة بحديث (فرضت الصلاة) - فما شأنها كانت تتم الصلاة ؟ قال : تأولت كما تأول عثمان . فاذا كان النبى حسن فعلها كما جاء فى الحديث وأقرها عليه فلا حاجة بها إلى التأويل ، أبس للتأويل حينئذ وجه : ولا يصح أن يضاف لإتمامها إليه .

لهذا كله حكم ابن تيمية بأن الحديث باطل وقال : ما كانت أم المؤمنين لتخالف رسول الله صلى الله عليه وسلم وجميع أصحابه فتصلى خلاف صلاتهم ، كيف وقد صح عنها أن الله فرض الصلاة ركعتين ركعتين . فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المدينة زيد

في صلاة الحضر وأقرت صلاة السفر؟ فكيف يظن بها مع ذلك أن تصلي بخلاف صلاة النبي صلى الله عليه وسلم والمسلمين معه اهـ .

وقال الشراكاني إن تلك المطاعن توجب بمجرد هاسقوط الاستدلال به عند عدم المعارض فكيف وهو معارض بما في الصحيحين وغيرهما من طريق جماعة من الصحابة .

ويتجه عليهم في حديثها الثاني أن الرواية المصححة عند الدارقطني هي رواية التاء في (تم) وعلى ذلك تكون هذه الرواية موافقة لحديثها الأول (أفطرت وصمت) ورد عليهما واحد وهو ما تقدم لابن تيمية ، ومع ذلك فقد استكرها أحد . .

وقال ابن حجر : أن صححتها بعيدة فإن عائشة ما كانت تم في زمن الرسول وإنما أتمت بعده . وقد ذكر عروة أنها تأولت ما تأول عثمان كما في الصحيح فلو كان عندها عن النبي ﷺ رواية لما احتاجت إلى التأول ثم على فرض صحة اتِّمامها بعده ﷺ فهو حكاية لفعلها خاصة وفعلها على فرض عدم معارضته لقول النبي ﷺ وفعله لا حاجة فيه فكيف إذا عارض الثابت عنه من طريقها وطريق غيرها من الصحابة .

ويتجه عليهم في الاستدلال بالمروى عن عثمان أن التحدث مع ابن مسعود فيما فعله عثمان دليل على أنه لم يكن معهود عند الأصحاب وقد جاء انكار ابن مسعود بقوله «قلت حظي بالخ مؤيداً لمخالفته المعهود عندهم» .

هذا وقد تأول العلماء لعثمان وذكروا لاتِّمامه تأويلات أحسنها كما قال ابن القيم أنه كان قد تأهل بمنى .

وقد روى في ذلك أحد : أنه صلى أربع ركعات بمنى فأنكر الناس عليه فقال : يا أيها الناس إني تأهلت بكم منذ قدمت . وإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من تأهل في بلد فليصل صلاة المقيم . وما يقال من الطعن في هذا الحديث إنما يتجه أن صح على تعيين هذا التأويل بخصوصه .

أما مسألة اقتداء المسافر بالمقيم فقد قال صاحب السراج في مسافر اقتدى بمقيم ولم يجلس الإمام المقيم على رأس الركعتين الأوليين وتابعه المأمور بالمسافر (أن صلاة المسافر باطلة) ، ووجهه أنه ترك القعود الذي هو فرض عليه .

وهو يدل على الفرض في حقه ركعتان فقط ويكون في الآخرين مقتديا في نقل بمفترض ولا مانع منه . فلنا أن نلتزم هذا ونمنع إجماع العلماء على أن فرضه في تلك الحالة أربع ركعات . ويؤيد هذا أن اسحق بن راهويه أجاز القصر للمسافر المقتدى بالمقيم . وليس ثمة إجماع فلا يصح استدلالهم به وهذا هو اختيارنا في المسألة .

أما جمهور الحنفية فيقولون إن فرضه تغير إلى الأربع عملا بنية المتابعة وما دام في الوقت فهو في عريضة التغير بطرؤية الإقامة . فلم يتقرر فرضه ركعتين . فنية المتابعة في الوقت مع عدم التقرر المذكور أثرت في الاتمام حتى لو زالت المتابعة بأن أفسد المسافر صلاته خلف المقيم فانه لا يصلى سوى ركعتين ولا أثر لنية المتابعة وبما قرره ظهر فرق بين المقيس والمقيس عليه . فان الصبح ليس بعريضة للتغير أصلا بخلاف المقيس فانه باتفاق عريضة للتغير بطرؤية الإقامة كما قلنا ولذا كان لا يصح له الافتداء بالمقيم بعد خروج الوقت لتقرير الركعتين بقياسهم صلاة المسافر في الوقت على صلاة الصبح قياس مع الفارق . وواقع ما قرر الحنفية أنه تسليم لحجة الخصم ومحاولة للتخلص منها بما لا يدفعها فان نية الإقامة بما يؤثر في السفر باتفاق العلماء ومعقول أن يتأثر السفر وتغير أحكامه بنية الإقامة .

أما دعوى أن نية المتابعة في الوقت تنهض سببا للتغير المذكور كنية الإقامة فدعوى تعوزها الحجة والوجه ما اخترناه سابقا .

ويتجه عليهم في قياس القصر في السفر على الفطر في الصوم أن الحنفية لا يرون القصر رخصة إلا مجازا باعتبار الصورة . وحقيقته انه عزيمة شرعت أولا وأقرها الشارع . غاية ما في الأمر أنه لوحظ فيها ابتداء وبقاء التخفيف على المسافر ومثل هذا لا ينطبق عليه الرخصة الحقيقية المصطلح عليها عند العلماء . فلا يصح قياسها على ما هو رخصة حقيقية شرعت لعذر تخفيفا لحكم آخر دليله لا يزال معمولاً به .

هنا ما يتجه على أدلة الأئمة الثلاثة . وقد نوقشت أدلة القائلين بالوجوب من وجوه .

(أولا) قيل لهم في الأولى . أن مجرد المداومة لا يدل الوجوب كما ذهب إلى ذلك جمهور علماء الأصول .

(وثانيا) أن حديث عائشة ، فرضت الصلاة ، الخ غير مرفوع وبأنها لم تشهد زمن فرض الصلاة

(وثالثا) في حديث عمر أن عبد الرحمن بن أبي ليلى لم يسمع منه لأن عبد الرحمن كافي تهذيب الرجال - ولد است بقين من خلافة عمر .

(ورابعا) في الحجة الخامسة أن عدم الائتم بالترك لا يدل على عدم الوجوب دليله الزيادة في الصلاة على قراءة آية أو ثلاث آيات ، وعلى أصل الركوع أو السجود وصوم المسافر وحج الفقير . فان ترك واحد منها لا يوجب الائتم مع أنها اذا حصلت كانت فرضا . فلا يكون عدم التأيم في الترك دليل النافلة .

ويجاب عن المناقشة الاولى بأن مداومة الرسول صلى الله عليه وسلم مع عدم وجود دليل على جواز الترك من قول أو اقرار ظاهر في الوجوب وإلا لترك ولو مرة تشريعا للجواز .

وقد نص الاصوليون على أن الفعل اذا كان بيانا لمجمل كان حكمه حكم المبين . وقد جاء قوله عليه الصلاة والسلام « صلوا كما رأيتموني أصلي » ، بيانا لمجمل الصلاة في جميع جهاتها ومنها صلاة السفر التي هي موضع النزاع .

« وعن المناقشة الثانية ، بأن عدد الصلاة عملا بمجال للرأى فيه فغير المرفوع فيه له حكم الرفع . وعلى تقدير أنها لم تدرك وقت الفرضية فيكون مرسل صحابي وهو حجة .

(وعن الثالثة) سلمنا أن عبد الرحمن لم يسمع من عمر ونقول الحديث رواه أحمد من طريق عبد الرحمن عن كعب بن عجرة عن عمر فغايتة أنه مرسل والمرسل ثقة وقد عضدته الأحاديث الأخرى .

(وعن الرابعة) بأننا لانسلم فرضية الزائد على أصل القراءة والركوع والسجود وبذلك قال بعض الحنفية وهو متفق مع إجماعهم أن في كل من القراءة والركوع والسجود فرضا وسنة وإذا جارينا الأكثر في أن كل ما يقع يكون فرضا فذللا - كما قالوا - لأن الأمر بالقراءة والركوع والسجود طلب للمطلقة ، هو يصدق بكل فرض تحقق فيه طالع أم قصر أما الأمر بالصلاة فهو مقيد بالأربع في حق التميم وبالركعتين للمسافر فلا يتناول غير المعين .

وأما الصرم فقد علمت أن دليله لا يزال قائما معمولاً به . وأما الحج فلم يصير فرضاً إلا بعد أن تحقق وجوبه بالاستطاعة البدنية حين دخول مكة .

* * *

بقي أن الأئمة الثلاثة اختلفوا فيما بينهم فذهب المالكية إلى أن القصر سنة مؤكدة . وذهب أحد والشافعي إلى الإباحة . وقد حكما معنى الرخصة ، قالوا القصر على غيره من الرخص ولم تثبت عندهما مواظبة الرسول على القصر وتأولوا حديث (فرضت الصلاة ركعتين) وقد علمت ما في القياس وعلمت أن حديث عائشة في إتمام النبي صلى الله عليه وسلم لم يصح . ولا وجه لما تأولوا به حديث (فرضت الصلاة) من أنه محمول على من يريد الاختصار عليهما : أو أن الفرض فيه بمعنى التقدير . أما المالكية فرأوا أنفسهم أمام المعنى المعقول للرخصة وأنه يدل على الإباحة وأمام مداومة الرسول على القصر مع حديث (فرضت الصلاة) فقالوا إن العمل بمقتضى الرخصة فقط إهمام لمقتضى المداومة والحديث وفي العكس إهماء لمعنى الرخصة والجمع في مثل هذا واجب فلتحمل المواظبة على السنة ويؤول حديث عائشة . ويظهر عمل الرخصة في نفي الوجوب الصادق بالسنية .

وكانهم رأوه طريقاً وسطاً بين القول بالوجوب والقول بالإباحة فساكوه وقد علمت أن الرخصة هنا ليست هي الرخصة الحقيقية التي يكون أثرها الإباحة مع جواز الانيان بالعزيمة فلا ينهض معناها على معارضة المواظبة وحديث الفرضية الذي لا يقبل التأويل .

ولعلك تدرك بما سبق المذهب الراجح في هذه المسألة والله يوفقك .

الجمع بين الصلاتين

لا خلاف بين الأئمة في أن الجمع بين الظهر والعصر جمع تقديم في وقت الظهر بمرفة وبين المغرب والعشاء جمع تأخير في وقت العشاء بمزدلفة سنة للحججاج وعلى ذلك اقتصر الحنفية ومنعوا الجمع في الوقت بين صلاتين في غير هذين المكانين . وهو قول الحسن والنخعي وغيرهما .

أما سائر الأئمة فقد أجازوه في غير المكانين المذكورين على الوجه الآتي :

فالشافعية يجوزون الجمع بين الظهرين والعشاءين جمع تقديم وتأخير لمسافر له رخصة القصر . ويجوزون فيهما للمقيم جمع التقديم فقط بسبب المطر الذي يبل الثياب والمالكية يجوزونهما بسبب السفر ولو قصيرا بعد أن يكون مباحا ويجوزون للمقيم أن يجمع جمع تقديم بين الظهرين والعشاءين إذا خاف حصول دوخة تمنع من أداء الصلاة على وجهها أو إغماء يمنعه من الصلاة عند دخول وقت الثانية ويجوزون للمقيم أيضا جمع التقديم في المسجد بين العشاءين فقط بسبب المطر الغزير والوحل الكثير مع الظلمة .

والحنابلة يجوزون جمعى التقديم والتأخير في الظهرين والعشاءين للمسافر مسافر قصر والمريض الذى تلحقه المشقة بترك الجمع وللرضع والمستحاضة والمعدور والعاجز عن الطهارة لكل صلاة وعن معرقة الوقت ولمن خاف على نفسه أو ماله أو عرضه . ولمن خاف ضررا يلحقه فى معيشتة بترك الجمع ويجوزونهما بين العشاءين خاصة بسبب الثلج والجليد والوحل والبرد الشديد والمطر الذى يبل الثياب ولكل مذهب من هذه المذاهب شروط خاصة فيما أجازوه من الجمع تعرف بمراجعة كتبه .

وحكى الشوكانى أن جماعة من العلماء ذهبوا إلى جواز الجمع مطلقا بشرط ألا يتخذ ذلك خلفا وعادة . قال فى فتح البارى وعن قال به ابن عيرين ربيعة وأشرب وابن المنذر والقفال الكبير وحكاه الخطائى عن جماعة من أصحاب الحديث . وحكاه غيره عن غيرهم . ونسبه فى المغنى إلى شبرمة أيضا .
بما تقدم يتبين :

أولاً - إن الائمة الثلاثة يرون جواز الجمع لغير الحاج بعرفة ومزدلفة وبخالفهم فى ذلك الحنفية .

ثانياً - إن الائمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالسفر غير أن الشافعية والحنابلة يشترطون أن يكون سفر قصر . ولا يشترطه الامام مالك .

ثالثاً - أن الائمة الثلاثة يرون جواز الجمع بالمطر . غير أن الشافعية والمالكية يخصونه بالتقديم ويجيزه الشافعية فى الظهرين والعشاءين والمالكية فى العشاءين فقط . أما الحنابلة فيجيزونه فى العشاءين فقط تقديمًا وتأخيرًا .

رابعاً — أن المالكية والحنابلة يميزون الجمع مطلقاً بالمرض لكن المالكية خصوه بالاغناء وما في معناه . وأطلقه الحنابلة . وخالفهما الشافعي فلم يجره بالمرض مطلقاً .

خامساً — أن الحنابلة انفردوا بجوازه لأصحاب الاعتذار وللخائف ومن إليهما وبذلك كان مذهب الحنابلة أوسع المذاهب الأربعة في مسألة الجمع وكان مذهب الحنفية أضيّقها وبينهما الشافعية والمالكية . والمالكية أقرب إلى الحنابلة . والشافعية أقرب إلى الحنفية .

الأدلة

استدل الحنفية أولاً — بأن الأحاديث الواردة بتعيين الأوقات ثبتت بالتواتر أو الشهرة فلا يجوز تركها بغير دليل يساويها .

ثانياً — بما روى أبو داود عن ابن عمر أنه قال . ما جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء قط في السفر إلا مرة واحدة . وبما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه . والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة . وبين المغرب والعشاء بجمع رواه البخاري ومسلم .

ثالثاً — بأن تقديم الصلاة عن وقتها . فعل لها قبل تحقق شرط الاعتقاد وسبب الوجوب وهو الوقت فلا تعتقد وتكون باطلة وتأخيرها حتى يخرج وقتها ويدخل وقت الثانية تفريط — وقد قال عليه الصلاة والسلام ليس في النوم تفريط إنما التفريط في اليقظة رواه مسلم . وقال أبو جعفر الطحاوي قال ذلك وهو مسافر فدل على أن مناط التفريط وعدمه اليقظة والنوم ولا دخل فيهما للإقامة والسفر فاستوى المسافر والمقيم . وبذلك علم أن تأخير الصلاة عن وقتها تفريط ما لم يكن عن نوم لا غير وهذا كالقاعدة العامة تشمل غير الصبح كما تشمل الصبح الذي وردت فيه . والذي لا يجمع مع غيره .

الجمع بالسفر عند الثلاثة

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالسفر أولاً بما روى عن أنس قال كان رسول الله ﷺ إذا رحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فان زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب متفق عليه وفي رواية لمسلم كان إذا أراد أن يجمع بين الصلاتين في السفر يؤخر الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ثم يجمع بينهما .

(وثانياً) بما روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في غزوة تبوك إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس صلى الظهر والعصر جماعة ثم سار . وكان إذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصلها مع العشاء وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب رواه أحمد وأبو داود والترمذي .

(وثالثاً) ما روى عن ابن عمر أنه استغث على بعض أهله فجذب به السير فأخر المغرب حتى غاب الشفق ثم نزل لجمع بينهما . ثم أخبرهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك إذا جده السير رواه الترمذي بهذا اللفظ وصححه ومعناه لسائر الجماعة ابن ماجة .

رابعاً - ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في السفر إذا زاغت الشمس في منزله جمع بين الظهر والعصر قبل أن يركب فإذا لم تزيغ له في منزله سار حتى إذا حانت العصر نزل فجمع بين الظهر والعصر وإذا حانت له المغرب في منزله جمع بينهما وبين العشاء . وإذا لم تحن في منزله ركب حتى إذا كانت العشاء نزل فجمع بينهما رواه أحمد والشافعي في مسنده بنحوه وقال فيه : وإذا سار قبل أن تزول الشمس أخر الظهر حتى يجمع بينهما وبين العصر في وقت العصر .

قالوا هذه أخبار صحيحة وردت بجمعه صلى الله عليه وسلم في السفر . وهي نصوص لا يتطرق إليها تأويل فوجب الأخذ بها وكلها صريحة ومتفقة على ثبوت جمع التأخير (أى فعل الأولى في وقت الثانية) . وحديثا معاذ وابن عباس صريحان في ثبوت جمع التقديم أى فعل الثانية في وقت الأولى ، وكما استدلل الأئمة بالأحاديث

المتقدمة . استدلوأ أيضا بالاستفباط من صورة الجمع المتفق عليه . فقالوا من الواضح أن الجمع بعرفة والمزدلفة سببه احتياج الحجاج اليه لاشتغالهم بالمناسك وهذا المعنى موجوداً في كل الأسفار لتحقق الاشتغال فيها . ولم نعهد في الشرع أن لخصوص النفسك دخلا في ثبوت الترخص وإنما الذي عهدناه ثبوت الترخص في الأسفار المباحة كالقصر والفطر لمكان المشقة فليثبت الجمع في صورة النزاع لتحقق علته .

الجمع بالمطر

استدل الثلاثة على جواز الجمع بالمطر . أولا بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء جميعا من غير خوف ولا سفر . ثانيا بما روى يحيى بن واضح عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر . ثالثا — بما رواه الأثرم في سنته عن أبي سلمة بن عبد الرحمن . أنه قال (من السنة اذ كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء) وفي البخارى باسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين المغرب والعشاء في ليلة مطيرة وبهذه الأحاديث تبين أن الجمع الوارد في حديث ابن عباس كان بسبب المطر . ولذلك قال مالك بعد روايته . أرى ذلك في المطر .

الجمع بالمرض

استدل الخطابلة على جواز الجمع بالمرض بما روى ابن عباس . قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير خوف ولا مطر . وفي رواية من غير خوف ولا سفر وبمجموع الروايتين يبين أنه جمع لغير واحد من ثلاثة — الخوف والمطر والسفر — قالوا وأجمع العلماء على أنه لا يجوز الجمع لغير عذر فوجب أن يكون الجمع هنا للمرض إذ لا عذر غيره رواه الثلاثة .

أما المالكية فقد جعلوا المريض قسمين قسم لا يجوز له الجمع . وهو الذي يثبت له الترخص في الكيفية . وقسم أباحوا له الجمع وهو الذي يعتاد نوبة أغماء أو

دوخة في وقت تمنعه من اداء الصلاة على وجهها فأباحوا له جمع التقديم صوتا للصلاة .

وبهذا يتبين أنهم حكموا في إباحة الجمع بالمرضى بمجرد المعنى المعقول ولم يعتمدوا على حديث ابن عباس .

الجمع بغير الثلاثة

قد علمت أن المنايلة قد توسعوا في إباحة الجمع فأجازوه بأسباب غير السفر والمطر والمرض كالاستحاضة وغيرها من الأعذار . وقد استندوا في الاستحاضة إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم لحنة بنت جحش حين استفتته في الاستحاضة (وإن قويت على أن تؤخرى الظهر وتعجلى العصر فتغتسلين ثم تصلين الظهر والعصر جميعاً ثم تؤخرى المغرب وتعجلى العشاء . ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعل) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه .

قالوا : ويقاس عليها صاحب السلس ، ثم حكموا في الباقي سبب الرخصة وهو الحرج والمشقة في النفس أو في المال .

الجمع للحاجة

استدل القائلون بجواز الجمع للحاجة ولغير الأسباب المتقدمة بحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى بالمدينة سبعا وثمانيا . والعصر والمغرب والعشاء متفق عليه وفي لفظ للجماعة إلا البخاري وابن ماجه جمع بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيل لابن عباس ما أراد بذلك قال : أراد ألا يخرج أمة .

قال في فتح الباري واستدل لهم بما وقع للنسائي من طريق عمرو بن هرم عن أبي الشعثاء أن ابن عباس صلى بالبصرة الاولى والعصر ليس بينهما شيء فعل ذلك من شغل وفيه رفعة إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقد كان شغل ابن عباس بالخطبة على ما في رواية مسلم من طريق عبد الله بن شقيق وأخرج الطبراني مثله عن ابن عباس مرفوعا وفيه صنعت هذا اثلا تخرج أمتي قالوا : وإرادة دفع الحرج تقدح

في حمل الجمع على الصورى لأن القصد اليه لا يخلوا عن حرج . وقالوا أيضا اذا كان المعنى في الجمع بعرفة هو التفرغ للدعاء وسماع الخطبة فلا يبعد أن هذا سبباً لمشروعية الجمع عند كل حاجة إلا أن يصير ذلك خلقاً وعادة .

هذه أدلة المذاهب في مسألة الجمع ولناظر في أدلة المجيزين مسلحاً كان أحدهما من جهة الرواية والآخر من جهة الدلالة . أما الأول فينتجه على الاستدلال بحديث معاذ أنه من رواية قتبية تفرد به وقال أبو سعيد بن يونس لم يحدث بهذا الحديث إلا قتبية ويقال أنه غلط فيه وقال أبو داود أنه حديث منكر وليس في جمع التقديم حديث قائم وقال صاحب البدر المنير أن للحفاظ في هذا الحديث خمسة أقوال أحدها أنه حسن غريب . قاله الترمذى . ثانيها أنه محفوظ صحيح قال ابن حبان . ثالثها أنه منكر قاله أبو داود . رابعاً أنه منقطع قاله ابن حزم خامسها . أنه موضوع قاله الحاكم والمعروف عند أهل العلم في حديث معاذ أنه عن طريق أبي الزبير عن أبي الطفيل عن معاذ وليس فيه جمع التقديم . وأمام هذا الاختلاف لا ينهض الحديث حجة في جواز جمع التقديم ولا في معارضة أحاديث المانعين التي لا خلاف لأحد في صحتها بل التي قد بلغت حد الشهرة وتلقته الأئمة بالقبول والروايات الأخرى التي رواها ابن القيم تعضيداً لهذا الحديث لا تخلو من ضعف عند أهل العلم . فان من رواة بعضها . حسين بن عبد الله بن عبيد الله وقد قال فيه أبو حاتم . أنه ضعيف لا يحتج بأحاديثه . وضعفه أيضاً ابن معين . وقال أحمد أن له أشياء منكورة وقال النسائي إنه متروك الحديث . وقال فيه ابن حبان : كان يقلب الأحاديث ويرفع المراسيل . وكفى هذا علة .

ومتى كانت الروايات المذكورة بهذه المثابة . فلا تنهض على تقوية هذا الحديث يعارض المشهور .

وينتجه على الاستدلال بحديث ابن عباس الوارد في الجمع بالسفر أنه من رواية حسين المتقدم . وقد علمت ما قيل فيه وبهذه النظرة يتبين عدم صحة الاحتجاج بحديث معاذ وابن عباس على جواز جمع التقديم في السفر .

أما المسلك الثاني فهو في الأحاديث التي زعموا أنها تدل على جواز جمع التأخير وحاصله أن معظم هذه الأحاديث يحتمل احتمالاً قوياً الجمع الصورى وهو تأخير

الاولى الى آخر وقتها وتقديم الثانية لاول وقتها فتؤدى الصلاتان وليس بينهما شيء . وقد حمل عليه الائمة أنفسهم حديث ابن عباس الذى استند اليه القائلون . بجواز الجمع للحاجة ، ولا سبيل لتخليصهم منه إلا بالحمل على ذلك فليكن هذا هو سبيل فى كل ماصح عن ابن عباس فى رواية الجمع ومما جاء صريحا فى ذلك عن ابن عباس ما أخرجه النسائي بلفظ صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جميعا ، والمغرب والعشاء جميعا آخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء ، وما أخرجه ابن جرير عن ابن عمر قال : خرج علينا رسول الله ﷺ فكان يؤخر الظهر ويعجل العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب ويعجل العشاء فيجمع بينهما . وما رواه الشيخان عن عمرو بن دينار فى جمع ابن عباس لشغله بالخطبة فى البصرة . انه قال يا أبا الشعثاء أظنه أخر الظهر وعجل العصر وأخر المغرب وعجل العشاء . قال وأنا أظنه .

هذا هو السبيل فى كل الأحاديث الدالة على مطلق الجمع ويعين هذا الحمل قسم ابن مسعود الذى يستل كل شبهة فى الموضوع .

ولا يمنع من حمل الأحاديث الجمع الصورى ما جاء فى بعضها من التصريح بخروج الوقت الاول أو بدخول الثانى كما فى حديث أنس برواية مسلم (حتى يدخل أول وقت العصر) وكما فى حديث ابن عمر (حتى غاب الشفق) وذلك لا مكان الحمل على معنى المقاربة نظير قوله تعالى : فاذا بلغن أجلهن ، وقوله تعالى : كتب عليكم . إذا حضر أحدكم الموت ، فان المعنى فهما على المقاربة باتفاق .

هذا — وقد طعن الخطاى فى حمله الأحاديث على الجمع الصورى وقال : لانه يكون أعظم حرجا من الاتيان بكل صلاة فى وقتها لان أوائل الاوقات وأواخرها مما لا يدركه الخاصة فضلا عن العامة اه .

وأجاب عنه الشوكانى بما حاصله : إن الشارع وضع الأوقات علامات ظاهرة يدرك بالحس لا تلتبس على أحد ولا شك أن الجمع الصورى بين الصلاتين أخف من فعلهما على غير هذا الوجه . وأجاب عنه الزيلعى بأن الحرج لا يكون إلا اذا وجب التأخير الى آخر الوقت ولم يقل بذلك أحد وإنما خير المسكف بين أن يفعل كل صلاة فى أول وقتها وبين أن يؤخر الاولى ويقدم الثانية ، ولا شك أن هذا التخيير تسهيل بالنسبة لما عرف عن النبي ﷺ من الاداء فى أول الوقت .

وبالحمل على الجمع الصورى يمكن التخلص من أدلة الجمع بغير السفر . ن سائر
الاعذار التى تقدمت .

هذا — وقد حاول بعض الفقهاء أن يضعف من شأن أدلة الحنفية على منع
الجمع فقال :

أولا — ان أحاديث المواقيت وحديث التفريط عامة فى السفر والحضر
وأحاديث الجمع خاصة بالسفر . والشأن فى هذا أن يحمل العام على الخاص .
وثانيا — فى حديث أبى داود عن عمر أن أبا داود قال : روى موقوفا على
ابن عمر من فعله .

وبذلك يكون مرفوعا فى رواية وموقوفا فى أخرى وقد قالوا : ان الحديث
إذا روى مرفوعا وموقوفا فى الاحتياج به خلاف فلا ينهض حجة وعلى فرض صحة
الاحتياج به فقد روى عن ابن عمر نفسه أخبار صريحة وصحيحة فى جمعه ﷺ
وبذلك وجب إما رد هذه الرواية أو تأويلها بما يتفق مع روايته الأخرى .

وثالثا — قالوا فى حديث ابن مسعود : أنه نفى فيقدم عليه الاثبات .
وللحنفية أن يقولوا فى المناقشة الأولى : ان الخاص والعام يتعارضان واحكم
للترجيح وهو هنا بتقديم الحاضر (أحاديث المواقيت وما إليها) على المبيح
(أحاديث الجمع) لاسيما أن هذه لم تبلغ درجة تلك كما تقدم .

• وفى الثانية ، أن المختار صحة الاحتجاج بما روى مرفوعا وموقوفا وأما
الروايات التى رويت عن ابن عمر فى الجمع فسيبيلها الحمل على الجمع الصورى ، كما
تقدم وحملها على الجمع الصورى أقرب من تأويل رواية عدم الجمع بحملها على
أن ابن عمر لم ير النبي صلى الله عليه وسلم يجمع فى حال السير .

• وفى الثانية ، أن القول بتقديم النفى على الاثبات محله إذا كان بينهما تعارض
ولا تعارض هنا بين أدلة النفى وأدلة الاثبات كما علمت .

هذا — وان الحكمة السامية فى تفريق الصلوات الخمس على أوقاتها المحددة
المعلومة توجب دائما مراعاة أداء الصلاة فيما حددها من وقت حتى لا تضعيع تلك
الحكمة وهى مقصودة للشارع الحكيم فيقتصر فى الجمع المخالف لذلك التحديد
على ماصح دليله وثبت بما لا شبه فيه عن النبي ﷺ .

الزكاة في مال الصبي

اتفق العلماء على أن الزكاة بشروطها المعروفة - فرض على المسلم الحر البالغ العاقل - واختلفوا في وجوبها في مال الصبي والمجنون .
فذهب مالك والشافعي وأحمد وجمهور العلماء إلى وجوبها في مالهما لافرق في ذلك بين التقدين وغيرهما مما تجب فيه الزكاة .
ويحكى عن ابن مسعود والثوري والاوزاعي أنهم قالوا : تجب الزكاة ولا تخرج حتى يبلغ الصبي ويفيق المعتوه . قال ابن مسعود : أحصى ما يجب في مال اليتيم من الزكاة فإذا بلغ أعله فإن شاء زكى وإن شاء لم يزك .
وقال أبو حنيفة لا تجب الزكاة في أموالها نقداً وماشية . وتجب في الزرع والثمار كما تجب صدقة الفطر عليهما .
وقال ابن شبرمة . أنها تجب في الأموال الظاهرة ولا تجب في التقدين .
وقال الحسن وسعيد بن المسيب وابن جبير والنخعي وآخرون : لا تجب الزكاة في مالها عامة .

الأدلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول .
أما الكتاب فقوله تعالى : خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكّيهم بها والتطهير لا يكون إلا على الذنوب ولا ذنب من الصبي والمجنون .
وأما السنة فأولاً : قوله ﷺ (رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل) رواه أبو داود والنسائي والحاكم وصححه . وثانياً : ما قاله محمد بن الحسن في كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة حدثنا ليث بن أبي سليم عن مجاهد عن ابن مسعود قال : (ليس في مال اليتيم زكاة) وروى مثله عن ابن عباس .
وأما المعقول فمن وجوه : الأول أنها عبادة فلا تجب على الصبي كالصلاة الصوم

وتحقيقه أن العبارة إنما تجب ابتلاء واختبارا ولا معنى للابتلاء في الصبي فلا تجب عليه .

الثاني : أجمع العلماء على أن الزكاة تحتاج إلى النية في أدائها والنية من شروطها البلوغ فلا نية للصبي فلا تجب عليه العبادة .

الثالث : اتفق العلماء على اشتراط تمام الملك في وجوب الزكاة وملك الصبي ليس تاما بدليل أنه لا يصح التبرع منه وهو في ذلك كالمسكات .

أما الجمهور فقد استدلوا على أن الزكاة واجبة في مال الصبي بالسنة والقياس .

أما السنة فما رواه الترمذى من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ خطب الناس فقال : أأمن ولي يتما له مال فليتجر به ولا يتركه حتى تأكله الصدقة ، ووجه الاستدلال أن النبي ﷺ طلب من ولي أيتيم أن يتجر بماله تحصيلًا للربح وحذره من تركه بغير تجارة ولا ربح فتأكله الصدقات ولا ريب أن الصدقات إنما تأكله كالأروى . ووقفا على عمر : بإخراجها وإخراجها . لا يكون جائزا إلا إذا كانت واجبة لأنه لا يجوز للولي أن يتبرع بمال الصغير . أما القياس فقالوا وجب العشر في زرع الصبي فليجب ربع العشر في ورقه بجامع أن كلا منهما حق يتعلق بالمال فيجب إخراجهما متى تحقق ولا يتوقف ذلك على البلوغ والزكاة مع ذلك شبيهة بالمهور والنفقات وقيم المتلفات وسائر الحقوق المسالمة ولم يقل أحد بأن هذه الحقوق يتوقف ثبوتها في المال على بلوغ صاحبها فلتسكن الزكاة كذلك . كيف وقد أوجب الحنفية في مال الصغير العشر وزكاة الفطر ؟ .

وقالوا أيضا : إن الزكاة حق للعبد بالنص ودلالة الاجماع أما الأول فقوله تعالى : إنما الصدقات للفقراء ، وقوله تعالى : وفي أموالكم حق معلوم للسائل والمحروم ، فإن لام الاختصاص تفيد الملكية إذا كان مدخلها أهلا لها .

وأما الثاني فلأن من عليه الزكاة إذا تبرع بجميع ماله للفقراء . ولم تحضره نية الزكاة فإن ذلك يكفي ويسقط عنه عمدة الواجب اجماعا فلو كانت الزكاة عبادة لما صحّت بدون نية .

يتجه على الخفية في الدليل الاول أن التطهير ليس خاصا بإزالة الذنوب بل يشمل تربية الخلق وتنمية النفس على الفضائل ولو سلم أنه خاص بإزالة الذنوب فالنفس عليه نظرا لأنه الشأن في الزكاة ، وهذا لا يستلزم أن الزكاة لا تجب إلا حيث تكون الذنوب وغاية الأمر أن يقال أن من حكمة مشروعيتها إزالة الذنوب ، وهل إذا عرفت الذنوب يفتى وجوبها ؟ لم يقل أحد أن انتفاء السبب المعين يوجب انتفاء الحكم لجواز أن يكون لسبب آخر ، وقد أجمع العلماء على أن للزكاة سببا آخر غير التطهير وهو سد خلة المحتاج كادلت عليه آية « وفي أموالهم ، واية » إنما الصدقات ، فلم يكن السبب هو التطهير خاصة .

ويتجه عليهم في الحديث الأول أن المراد رفع الائتم والمواظنة الاخريّة بدليل الاجماع على وجوب الحقوق المالية الاخرى في ماله ، فان قالوا : إن رفع الائتم يقتضى رفع الوجوب . قلنا نعم يقتضى رفع الوجوب على الصبي ، ونحن نقول بالوجوب في ماله وتولي هو المطالب بالأداء على قياس العشر والفطرة وقيم التلقات . ويتجه عليهم فيها روى عن ابن مسعود أن ليثا ضعيف عند أهل الحديث قال البيهقي ضعف أهل العلم ليثا .

أما رواية ابن عباس فقد قال الكمال فيها « تفرد بها ابن طهيلة وفي ابن طهيلة ما قدمنا غير مرة وهو أنه ضعيف لا يحتج به .

ويتجه عليهم في الأول من المقول أن العبادة تكون ابتلاء محضا إذا كانت بدنية يؤديها الشخص بنفسه ،

وتكون مواساة ودفعاً لحاجة الفقير إذا كانت مالية تؤدي من المال الذي وجبت فيه ولو بطريق النيابة .

ويتجه عليهم في الثاني من المقول أن النية لا توجهها على الصبي وإنما تجب عند الأداء على الولي الذي يقوم بإخراجها .

ويتجه عليهم في الثالث أن الملك التام ثابت للغير في ماله ، وعدم صحة التبرع منه ليس انحصاراً في الملك وإنما هو لأن الثمن في الصغير عدم الانتهاء إلى الوجوه النافعة : والقياس على المكاتب فاسد لأن المنع في المكاتب ليس لعدم جواز التبرع

بل لكونه ديناً بأقساط بدل الكتابة ولأن ملكه باعتبار اليد فقط للتردد بين قرار الملك له وعدمه .

هذا وقد قيل للجمهور في الحديث الذي استدلوا به : إنه من رواية الثمني بن الصباح وهو ضعيف ، لكن قال النووي أن الشافعي والبيهقي روياه بإسناد صحيح عن يوسف بن ماهك التابعي عن النبي ﷺ مرسلًا وقد أكد الشافعي هذا المرسل بعموم الحديث الصحيح الوارد بإيجاب الزكاة في أموال المسلمين عامة . وبما رواه عن الصحابة في ذلك .

وقيل في القياس على العشر وزكاة الفطر والنفقة وما إليها : أن بعضها يطلب فيه معنى المؤنة والبعض الآخر ليس فيه معنى العبادة أصلاً أما الزكاة فعبادة محضة أو يطلب فيها معنى العبادة لأن المقصود منها شكر الله على نعمته وإبتلاء العبد بالتكليف فلا يصح إلحاقها بتلك الحقوق المالية .

ولملك بموازنة أدلة الفريقين وبالرجوع إلى الغرض المقصود من شرعية الزكاة من سد حاجة الفقير وتحسين المال من تطلع الفقراء إليه وتركية النفس وتدريبها على خلق المعونة والكرم ، تدرك رجحان القول بوجوب الزكاة في مال الصبي وليست حكمة الزكاة محصورة في معنى الابتلاء حتى نجعله أساساً نتجأ كم إليه في وجوب الزكاة وعدمها .

وبعد فلانكاد ندرك فرقاً بين ما يدل عليه ظاهر قوله تعالى : وآتوا حقه يوم حصاده ، وقوله تعالى : وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ، فالانفرقة بين الزرع والأموال المجردة وقولهم : إن الغالب في الأولى معنى المؤنة دون الثانية لا يوجد ما يبررها ولذلك قال ابن حزم في المحلى ليت شعري ما الفرق بين زكاة الزرع والثمار وبين زكاة الماشية والذهب والفضة فلو أن عاكساً عكس قولهم أوجب الزكاة في ذهابهما وفضتهما وماشيتهما وأسقطها عن زرعهما وثمارهما أكان يكون بين التحكمين فرق الفساد اهـ .

زكاة ما يخرج من الارض الخراجية

اتفق العلماء على أن الارض التي تقع في حوزة المسلمين منها عشرية كالتى أسلم أهلها عليها طوعاً أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين المسلمين ومنها خراجية كالتى فتحت عنوة وتركها المسلمون في أيدي ملاكها . واتفقوا على أن الخراجية اذا كانت ملكا لغير مسلم وجب فيها الخراج ولا عشر فيها وعلى أن العشرية اذا كانت ملكا لمسلم وجب فيها العشر .

واختلفوا بعد ذلك في العشرية تصير ملكا لغير مسلم : هل يبقى العشر أو يضاعف أو يبدل بالخراج . واختلفوا أيضا في الخراجية تصير ملكا لمسلم . هل تبقى وظيفتها الخراج فقط كما كانت أو يجتمع فيها العشر والخراج أو يبدل خراجها بعشر . وموضوع البحث هو المسألة الثانية وإن شئت أن تعرف آراء الفقهاء في الأولى فارجع اليها في كتب المذاهب . أما آراؤهم في موضوع البحث فالحنفية يرون أن وظيفة تلك الارض هي الخراج فقط كما كانت وأن من شروط وجوب العشر ألا تكون الارض خراجية . ويرى الأئمة الثلاثة أن الخراج لا يمنع وجوب العشر فيكون الواجب في تلك الارض الخراج والعشر معا . أما الاحتمال الثالث وهو تغير وظيفتها من خراج الى عشر فلا تعلم أن أحدا من الفقهاء ذهب اليه ولعل ذلك يرجع الى أن وصف الخراجية قد تقرر لها ابتداء ولا مانع من وجوب الخراج على المسلم بقاء نظرا لما فيه من معنى المئونة التي لا تنافي الاسلام وهذا بخلاف ما اذا صارت العشرية لغير مسلم فإن غير المسلم لما لم يكن أهلا للعشر ابتداء ولا بقاء . قال أبو حنيفة فيها بتغير الواجب من عشر الى خراج .

الأدلة

استدل الحنفية أولا . بما روى عن ابن مسعود يرفعه الى النبي ﷺ قال : لا يجمع عشر وخراج في أرض مسلم . وبما روى أبو هريرة . قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم منعت العراق درهما وقفيزها . ومنعت الشام مديها ودينارها . ومنعت مصر أردبها ودينارها وعدتم من حيث بدأتم قالها ثلاثا — شهد على ذلك

لحم أبي هريرة ودمه رواه أحمد ومسلم وأبو داود وبما روى أن دهقان نهر الملك لما أسلم قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه . سلوا إليه الأرض وخذوا منه الخراج . والحديث الأول نص في المطلوب . أما الثانى فوجه الدلالة فيه أنه أخبر عما يكون في آخر الزمان من منع الحقوق الواجبة . وبين تلك الحقوق بما ذكر في الحديث . وهو عبارة عن الخراج لا العشر : فلو كان العشر واجباً معه لاقترن به في الاخبار . وأما الثالث فوجه دلالة أن عمر رضى الله عنه أمر بأخذ الخراج من الدهقان ولم يأمر بأخذ العشر ولو كان واجباً لأمر به .

واستدلوا ثانياً . بأن عمل الولاة والأئمة استمر من لدن الصحابة إلى يومنا هذا على عدم الجمع بين العشر والخراج . ولم ينقل أن أحدا منهم جمع بينهما مع كثرة امتلاك المسلمين للأراضي الخراجية وتوفر الدواعى على النقل فكان ذلك منهم إجماعاً عملياً لا تصح مخالفته . واستدلوا ثالثاً بأن الخراج إنما يجب عقوبة في أرض فتحت قهراً وأقر أهلها عليها والعشر يجب عبادة في أرض أسلم أهلها عليها أو قسمت بين الغانمين المسلمين وهذه أوصاف متباينة لا يمكن اجتماعها في شخص واحد حتى يجب عليه خراج وعشر .

واستدلوا رابعاً . بأن سبب كل من الخراج والعشر واحد وهو الأرض النامية حقيقة أو تقديرًا بدليل صحة إضافة كل منهما إليها والإضافة دليل السببية وبدليل أن الأرض لو كانت سبحة لا تصلح للزراعة لا يجب فيها واحد منهما وإذا كان سببهما واحداً فلا يجتمعان في أرض واحدة لأن السبب الواحد لا يتعلق به حقان من نوع واحد ألا ترى أنه لو ملك مسلم نصيباً من السائمة للتجارة سنة لا يلزمه زكاتها اتفاقاً ؟ واستدل الجمهور . أولاً بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم وما أخرجنا لكم من الأرض) وبقوله تعالى (وآتوا حقه يوم حصاده) أوجب الله الانفاق مما أخرجت الأرض ولإيتاء حقه يوم حصاده مطلقاً خراجية كانت الأرض أم عشريه .

واستدلوا ثانياً . بما صح عند الجميع . من قوله ﷺ (فيما سقت السماء العشر) وهو كما ترى عام يشمل العشريه والجراحية . واستدلوا ثالثاً . بأن الخراج والعشر حقان مختلفان ذاتاً ومحللاً وسبباً ومصرفاً

ودليلا . أما اختلافهما ذاتا فلان العشر فيه معنى العادة والخراج فيه معنى العقوبة
وأما اختلافهما محلا فلان العشر يتعلق بنفسه الخارج . والخراج يتعلق بالذمة . وأما
اختلافهما سببا فلان سبب العشر الخارج كسبب الخراج الأرض الصالحة للزراعة
بدليل وجوبه وإن لم تزرع الأرض . أما اختلافهما مصرفا . فلان مصرف العشر
الفقراء . ومصرف الخراج المقاتلة أما اختلافهما دليلا . فلان دليل العشر النص
والخراج إنما وجب بالاجتهاد المبني على تقدير المصالح . وإذا ثبت أنهما حقان
مختلفان من كل تلك الجهات ولا منافاة بينهما فلا مانع من اجتماعهما وصارا كالدين
مع أحدهما وكالكفارة والقيمة في الصيد الحرمي المملوك والخنزير والبرص والعشيرة
نكاح المعادن .

ويستجبه على الحنفية في الحديث الأول ما قال السكال . حديث ضعيف ذكره ابن
عدى في الكامل عن يحيى بن عنبسة . ويحيى بن عنبسة مضاف إلى غاية حتى نسب
إلى الوضع وإلى الكذب على أبي حنيفة . نعم روى هذا الحديث عن التابعين مثل
النخعي والشعبي وعكرمة وحاصل هذا كما ترى ليس إلا نقل مذهب بعض التابعين
ولم يرفعه حتى يكون حديثا مرسلًا ويغنيك تضعيف السكال . لهذا الحديث عن
سماع ما قيل فيه من الجمهور . وإذا كان الحديث بهذه المثابة فلا يقوى على معارضة
العمومات التي احتج بها الجمهور .

أما حديث أبي هريرة . فظاهر أنه أخبار عما يكون في آخر الزمان من سوء
حالة المسلمين وضعفهم وتغلب غيرهم عليهم حتى يمنعوهم ما وجب عليهم من حقوق
انظر إلى التعبير بالمنع ولتوجيه الخطاب للمسلمين بقوله : وعدمهم من حيث بدأت .
وبهذا يكون الحديث بمنزلة موضع الخلاف ولو سلم أنه لإخبار عما يكون من
المسلمين من منع الحقوق الواجبة عليهم فهو لا يدل على عدم وجوب العشر لأن
العشر موكل أخراجه وتوزيعه إلى رب المال أما الخراج فالذي يتولى جمعه وصرفه
هو الإمام وهو أهم موارد بيت المال . وفيه يظهر المنع فلذا خص بالذكر . ولم
يذكر العشر كالم تذكر كزكاة النقيدين والتجارة مع أنه لم يقل أحد بعدم وجوبها
أخذنا من عدم ذكرهما في الحديث : وأما قصة الدهقان فالمتهود من كلام عمر

رضى الله عنه أن الخراج لا يسقط بالاسلام كما تسقط الجزية به وإنما لم يتعرض
للعشر أما لأن وجوبه معلوم على كل حر مسلم مالك ألا ترى أنه لم يذكر زكاة
الماشية والنقدين وغيرهما أو لأنه لم يحسن وقت الحصاد أو لأن الدهقان لم يكن
له ما يجب فيه العشر وأما استدلالهم بعد جمع الولاة والأئمة بين الخراج والعشر
فقد قال فيه الكمال منع بنقل ابن المنذر الجمع في الأخذ عن عمر بن عبد العزيز
فلم يتم . وعدم الأخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع إلى المالك فلم يتعين
قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم . على أن فعل عمر بن عبد العزيز
يقتضى أن عمر رضى الله عنه ليس على منع الجمع لأنه كان متبعاً له مقتضياً
لآثاره . أما قولهم أن المعنى الذى وجب له العشر يبين المعنى الذى وجب له
الخراج فلا يجتمعان . فهو إن سلم منطور فيه إلى حالة الابتداء وهذا لا يمنع من
اجتماعهما بقاء . وقد قال الكمال . أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة
والنهر . بل للمصلح أو بأن أحيائها وسقاها بماء الانهار الصغار أو كانت قرية
من أرض الخراج وأما قولهم أن سبب الحقين واحد فممنوع لأن سبب العشر
نفس الخارج . وسبب الخراج نفس الأرض الصالحة زرعت أم أهملت وعلى تسليم
أن السبب واحد فلا مانع كما قال الكمال أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الأرض
وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله ﷺ (فيما سقت السماء العشر) فإنه
يقتضى أن يؤخذ مع الخراج إن كان .

ولعلك بعد ما رأيت موقف الكمال من الخنفيه في أدلتهم تعلم قوة حجج الجمهور
ورجحان مذهبهم . وإنك إذا تفهنت إلى أن العشر واجب ديني على المسلمين وأن
الخراج واجب اجتهدى ليكون مادة لجماعة المسلمين يسدون به حاجتهم العامة
تستطيع أن ترى لولى الأمر الحق إذا رأى المصلحة ودعت الحاجة أن يضرب على
المسلمين وغيرهم ممن تحميمهم الدولة وينتفعون بمرافقتها وقوتها ما يحقق به المصلحة
ويدفع الحاجة ولا يمنع من فرض ذلك على المسلمين ما أوجبه الله عليهم قربة وديننا
من صدقات تطهرهم وتزكهم . وأن فرض الخراج عليهم لا يعفيهم مما أوجب عليهم
في الكتاب وصرح السنة .

انعقاد النكاح بعبارة النساء

اتفق العلماء على أن للمرأة الرشيدة أن تلي جميع العقود غير النكاح بنفسها وأن توكل فيها من تشاء من غير أن يكون لاحد حق الاعتراض عاها . واتفقوا أيضا على أن نكاح الحرة البالغة العاقلة إذا باشره وليها الشرعى مع رضاها يكون صحيحا نافذا . أما إذا باشرته هى أو وكلت غيرها بمباشرته فقد اختلف فى صحته ونفاذه ولزومه .

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية وزفر إلى صحة هذا النكاح مطلقا إلا أن للولى حق الاعتراض فيما إذا كان لغير كفء مالم تلد أو تحبل حلا ظاهرا وروى عن الأولين القول بأنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره وقد رجعا عنه إلى ظاهر الرواية .

وذهب مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة .

وذهب داود إلى أنه صحيح إذا كانت ثيبا وباطل إذا كانت بكرأ .

وذهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا اذنها الولى به وباطل إذا لم يأذن .

وقال محمد بن الحسن . هو صحيح موقوف على أجازة الولى إن أجازة الولى نفذ وإلا بطل . ويقول أيضا إذا امتنع الولى عن الاجازة فى الكفء جدد القاضى العقد ولا يلتفت إليه . وقد روى رجوعه إلى المذهب الاول الذى هو ظاهر الرواية .

وذهب الشافعى والزهري إلا أنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة .

هذه جملة مما عثرنا عليه من مذاهب العلماء فى هذه المسألة والنكاح بغير ولى ، وهى ترجع إلى قول بالجواز مطلقا وقول بعدمه مطلقا وقول بأنه موقوف مطلقا وأقوال بالتفصيل فيصححون فى حال دون حال .

الأدلة

استدل جمهور الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول .

« أما الكتاب ، فقد جاء في غير آية التصريح بإسناد النكاح إلى المرأة والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي . فمن ذلك قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » وقوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف » فان هذه الآيات ظاهرة في أن نكاح المرأة ومراجعتها وما تفعله في نفسها بالمعروف يصدر عنها ويترتب عليه أثره من غير توقف على إذن الولي ولا مباشرة إياه .

وأما السنة . فأولا مرواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها وفي رواية الإيم أحق بنفسها ، ولأى داود والفسائى » ليس للولى مع الثيب أمر واليتيمة تستأمر وضممتها إقرارها ، ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق إلى المرأة في نفسها ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها وهو بعمومه يتناول ما يتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد أما البكر فنظرا لعدم ألفها الرجال وما يغلب عليها عادة من الحياء الذى يمنعها من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرتها العقد اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها . وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الاهلية العامة وذلك لأنه ما دامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فبى وإياها سواء فيما يختص بأمر النكاح .

وليس للبكرة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته العقل والبلوغ كما عهد من الشارع فى سائر الحقوق ولا يعمدو أثر البكرة المستلزمة للحياء أن يكون هو الاكتفاء منها بما يفيد الرضا ويدل عليه كما نطق بذلك الأحاديث حتى لو فرض

أن بكر الم تجر على عادة الأبكار ولم يذمها الحياء أن تصرح برغبتها وأن تبشر حقها بنفسها لما تصورنا في هذه الناحية فرقا بينها وبين الثيب التي أعطيت كل الحق ولما تصورنا معنى يصح أن نحكم به على عقدها بالبطلان . وليس لنا ما نتصوره في هذا الموضوع إلا صيانة المرأة وأبعادها عن مجالس الرجال . وهذا أدب من الآداب الإسلامية العامة التي أباح الشارع من أجلها أن توكل المرأة في شئونها من مباشرها في مجالس الرجال فهي مجرد رخصة لا يلزم من توكلها إياها ومباشرة شأنها بنفسها أن يحكم على تصرفها بالبطلان . هذا من جهة . ومن جهة أخرى فإن هذا الحديث وغيره من أحاديث الاستثمار وأحاديث رد العقد الذي يعقد على المرأة وهي كارهة تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لا بد منه في النكاح وإذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص شرطاً في صحة تصرف ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا ما باشره الشخص بنفسه ، وهذا هو ما ينبغي أن يلحظ في وجه استدلال الحنفية بهذا الحديث .

(وثانياً) ما ورد في تزوجه ﷺ أم سلمة لما بعث إليها يخطبها إلى نفسها قالت : ليس أحد من أوليائي شاهداً فقال رسول الله ﷺ ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك . فقد دل الحديث على أنه لم يكن أحد من أولياء أم سلمة حاضراً ذلك العقد كما هو قولها ودل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض بإبداء الكراهة في غير محلها وذلك ظاهر في أن اعتراض الولي لا يعمل عليه حيث تتوفر الكفاءة فضلاً عن أن العقد لا تتوافر صحته على مباشرة الولي . وهذا القدر من الرواية قد اتفق عليه رواية هذا الحديث في تزوج أم سلمة وأما ما روى من زيادة قولها لابنها : يا عمر قم فزوج رسول الله . أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر هذا . قم يا غلام فزوج أمك ، فغير ثابت لأن ابنها عمر كان عند تزوج رسول الله ﷺ بها صغير السن ليس أهلاً للتصرف والقول بأن هذا من خصوصيات الرسول مدفوع بما هو مقرر من أن الخصوصية لا بد لها من دليل خاص .

أما المعقول فقالوا : من البين أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا يشاركها فيها أحد من الأولياء وذلك كحل الاستمتاع ووجوب النفقة والسكنى

وما إليها من الحقوق الخاصة التي تكتسبها المرأة بهذا العقد وله وراء تلك المقاصد فوائد أخرى الأولياء فيها بعض الشأن كالمصاهرة التي يتوقف كمالها على مراعاة الكفاءة والاصل في مثل هذا العقد أن يتولاه من يختص بمقاصده الاصلية ويكفي في مراعاة ما للغير من حق ثانوي أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن مظنة للفوائد التي قد تعود اليه . وهذا ما يريده الحنفية . من قولهم : إنها تصرفت في خالص حقها وهي من أهلها لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الأزواج وإنما يطالب الولي بالزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة .

ادلة القائلين باشتراط الولي لمباشرة العقد

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم) وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) وما استدل به الحنفية من قوله تعالى (وإذا طلقتم الذناب فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) ووجه الاستدلال بالاولين أن الخطاب موجه إلى الاولياء فدل على أن الزواج اليهم لا إلى النساء ، ووجه الاستدلال بالثلاثة أنها نهت الاولياء عن منعهن من نكاح من يخترن من الأزواج . قالوا وإنما يتحقق المنع ممن في يده الممنوع فدل على أن عقد النكاح بيد الولي لا بيد المرأة . قالوا : ويؤيد هذا ماورد في سبب نزول الآية فقد روى البخارى في صحيحه وأبو داود والترمذى وصححه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه . قال زوجت أختا لي فطلقها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقها ثم جئت تخطبها لا والله لانعود اليك أبداً وكان رجلا لا بأس به وكانت تريد أن ترجع اليه فعلم الله حاجته اليها وحاجتها اليه . فأنزل الله هذه الآية (وإذا طلقتم الذناب) الخ فقلت : الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها ياها .

قالوا : فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها في زوجها وعلى هذا يبعد أن يكون الخطاب في الآية للأزواج كما قيل .

وقد ورد عن ابن عباس وعائشة وطاوس ومجاهد وغيرهم في تفسير (الذي بيده عقدة النكاح) في آية (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) أنه الولي .

وأما السنة . فأولا . مرواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي عن أبي موسى أن النبي ﷺ . قال : (لأنكاح الإبولي) وصححه ابن حبان والحاكم وذكر له الحاكم طرقا وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش . ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا . قالوا وهو صريح في أن النكاح لا يصح بدون ولي .

(وثانياً) مرواه الخمسة إلا النسائي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل - قالها ثلاثا - فان دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها فان تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له) .

(وثالثاً) مرواه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هي التي تزوج نفسها) .

وأما المعقول فهو أن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر . والمرأة بما عندها من نقص الاختيار لا تحسن الاختيار لاسيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي قد تغلب علىها جهة المصلحة فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل منعت من مباشرة العقد .

واستدل داود ومن وافقه على النفقة بين البكر والثيب بحديث (الثيب أحق بنفسها من وليها) وحديث (ليس للولي مع الثيب أمر) قالوا : هما صريحان في أن كل أمر الثيب إليها وحدها ومعه عقد النكاح وصريحان أيضا في الأمر باستئذان البكر . فليس للبكر حق إلا أن تأذن في نكاحها وهو يدل على أن الذي يتولى نكاحها إنما هو غيرها وهو الولي الذي يستأذنها .

واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولي فقط بحديث عائشة (أيما امرأة) الخ فانه يدل على أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها فاذا زوجت نفسها بإذن وليها صح نكاحها ولا يتوقف على مباشرة الولي .

واستند محمد في قوله : (ان العقد موقوف على اجازة الولي) الى هذا الحديث غير أنه قال : ان الاذن أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا .

واستدل الشعبي والزهرى على أن العقد صحيح في الكفاءة ، باطل في غيره بقول النبي صلى الله عليه وسلم لأم سلمة (ليس أحد من أوليائك شاهد أو قائم يكره ذلك) جوابا لقولها ليس أحد من أوليائي شاهدا . فانه يدل على صحة العقد بغير ولي حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الاولياء بأن توفرت الكفاءة ويدل بفهمه على خلاف هذا .

هذه أدلة المذاهب في مسألة النكاح بغير ولي واعلمك تلح وأنت ، تقرأ أدلة الحنفية ما يستطيع أن ترد به على داود ومن وافقه في التفرقة بين البكر والثيب من أنه لا يعقل أن يكون للبكرة معنى يكون سببا في بطلان العقد بعبارة البكر بعد أن تتوفر فيها العقل والبلوغ وليس في حديث (الثيب أحق بنفسها والبكر تستأمر وإذنها صماتها) ما يدل على عدم صحة العقد بعبارة البكر بل كل ما يؤخذ منه أن يكتفى منها نظرا لحياتها بما يدل على رضاها بالنكاح أما أن العقد يكون باطلا إذا عقدته بنفسها فهذا ما لا يدل عليه الحديث . وعلى هذا فلا وجه لقولهم في الاستدلال أنه ليس لها حق إلا أن تأذن في نكاحها .

أما استدلال أبو ثرر بحديث عائشة (أيما امرأة) فينتجه عليه أن هذا الحديث قد روى من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهرى غير أن بعضها من رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاة عن الزهرى وبعضها من رواية ابن لهيعة عن شيخه عن الزهرى . وابن لهيعة معروف والحجاج بن أرطاة ضعيف ولم يثبت سماعه عن الزهرى لحديثه منقطع أما الطريق الأول فقد أخبر يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه فقال له أن سليمان بن موسى حدثنا به عنك . فأنشأ على سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون قدرهم على وفي هذا إيهاء إلى أن الزهرى يكذب هذه الرواية وينكرها لا أنه ينساها لأن هذا اللفظ في عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفي بلفظ النفي . وقد نقل هذا الطحاوى في معاني الآثار والحافظ بن حجر في الدرر النيرة . وعلى هذا فلا وجه لاعتلال هذه الحكاية

على ابن جريج كما لا وجه لقولهم : أنه على تقدير صحتها لا تدل إلا على نسيان الزهرى — ولا يلزم من نسيانه للحديث أن يكون سليمان بن موسى واحما فيه لأن الزهرى — كما تبين لم يكن ناسيا وإنما كان منكرا . هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن عائشة التي روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن وكان غائبا ولم يكن قد أذن لها في هذا التزويج كما يدل عليه ما جاء في رواية ذلك من قول عبد الرحمن حينما حضر — أمثلي يصنع به هذا ويفتات عليه في بناته ، فلو كان هذا الحديث صحيحا لكان الزواج باطلا وكان لا بد من إعادة العقد على حفصة مع أنه لم يحصل ، ثم لو كان صحيحا أيضا لما عمات عائشة على خلافه . وعلى فرض صحة الاحتجاج به فغايبته أنه حسن ومثله لا يقاوم الصحيح الذي استدل به من لا يشترط الولي .

وهذا هو عين ما يتجه على محمد بن الحسن فيما ذهب إليه .

أما استدلال الشعبي والزهرى بحديث زواج أم سلمة فينتجه عليه أنه استدلال بالمفهوم ودلالة المفهوم — على فرض اعتبارها — لا تقاوم منطق أدلة من لا يشترطون مباشرة الولي . وهي — كما رأيت — عامة لم تفرق بين التزويج بالكفء والتزويج بغيره . على أن غاية ما يدل عليه هذا المفهوم أن المرأة حق الامتناع عن مباشرة العقد إذا كان الولي غائبا . وكان الزوج مظنة ألا يرضى به الولي . وبعد هذا يحتمل أن يكون امتناعا لعدم صحة العقد بعبارتها كما يحتمل أن يكون لحرف اعتراض الولي على العقد وطلبه فسخه إذا حضر . وتعين أحد هذين الاحتمالين لا بد له من دليل . والدليل قائم على تعين الثاني وذلك ما سبق من الأدلة التي لم تفرق في صحة العقد بعبارة النساء بين الزوج بالكفء والتزوج بغيره .

هذا وقد علمت أن هذه المذاهب رواية الحسن عن أبي حنيفة وقد نص علماء الحنفية على أنها المختارة للفتوى في زواج غير الكفء . قال شمس الأئمة وهذا أقرب الى الاحتياط إذ ليس كل ولي يحسن المرافعة ولا كل قاض يحسن الحكومة ولو أنصف الولي وعدل القاضى فقد يترك أنفة لسكرة النرد على أبواب الحكام واستقلا لنفس الخصومات فيتقرر الضر فكان منعه دفعا له خصوصا أن الذين جعلوا للولي حق الاعتراض قيدوه بما إذا لم تلد أو تحبل حبلا

ظاهرا فيسقط ما لهم من حق الاعتراض صونا للولد ومحافظة على الحل من الضيا
وبذلك يتقرر العار ولا سبيل الولي إلى دفعه . وهذا المعنى في الواقع ترجيح لاحتمال
عدم صحة العقد وتخصيص الأدلة الخفية التي تفيد الصحة مطلقا بما اذا لم يكن
الزواج من الكفء . وهو تخصيص بقاعدة ثابتة مستقرة في الشريعة فلا مانع من
قبوله . وقد يقال : ان غاية ما يستدعيه هذا اعتبار رضا الولي في غير الكفء اما
ان العقد يكون بعبارته ويكون باطلا بعبارتها فلا دليل عليه وهو موضع النزاع .

أما استدلال الجمهور على لزوم الولي بآية « وانكحوا الايامى منكم ، وآية
« ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فيستجبه عليهم أن الخطاب فيها يحتمل احتمالا
قويا أن يكون لعامة المسلمين لا لخصوص الاولياء ولا لامرهم مباشرة عقد الزواج
فهو من باب التشريع العام ويكون المسلمون مأورين في الآية الاولى بالعمل على
اعفاف الايامى وعدم الحجز عليهن في التزوج كما كان يفعل أهل الجاهلية . ويدل
على هذا ما روى عن النبي ﷺ . « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه
الا تفعلوه تكن فتنة في الارض وفساد كبير » . وواضح أن الغرض من ذلك
الاعفاف بتسويل طريقه وعدم الحجز على النساء في الزواج . أما الآية الثانية
فالمقصود منها هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت المرأة مؤمنة ، فهو تقرير مبدأ
عام للمسلمين يجب أن يسيروا عليه في علاقة الزوجية . وليس خطابا لخصوص
الاولياء ولا نهيا لهم خاصة عن مباشرة عقد تزويج المشركين .

وأما آية « إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فاستدلواهم بها مبنى
على أن الخطاب فيها الاولياء ، وقد اختار الفخر الرازى أنها خطاب للأزواج .
قال : والذي يدل عليه أن قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن »
جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج
فوجب أن يكون الجزاء خطابا معهم أيضا وإلا لزم نفسك انظم الكريم . ثم قال
والمحافظة على نظم القرآن من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذي
بين سبب النزول .

ولك أن تختار ما سلف في الآيتين الاوليين من أن الخطاب لعامة المسلمين
والقصد نهيمهم أن يقع بينهم عضل للنساء إذا حصل بينهم طلاق وخرجت المرأة من

عدته ونظرا لوجوب تكاتف المسلمين في تنفيذ الاحكام فيما بينهم وجه الخطاب اليهم جميعا كما هو الشأن في مثله من التشريع العام .

على أنا لو سلمنا أن الخطاب للأولياء فنهيم عن العضل لا يدل على أن أمر التزويج بمعنى مباشرة العقد لا يملكه إلا الأولياء . فان العضل هو المنع . والمنع يتحقق بالحبس وغيره من طرق المنع الحسى وهذا شيء يقدر عليه الأولياء وكان مألوفاً عند كثير منهم . ويدل عليه قوله تعالى (أن ينكحن) حيث نسب النكاح اليهن لا إلى الأولياء ، وهو دليل واضح على أن العضل المنهى عنه هو منعهن عن أن يباشرن عقد زواجهن بمن يخترن من الأزواج ، وبذلك نرى أن الآية إنما تصلح دليلاً لمن لا يشترط عبارة الولي في النكاح .

أما استدلالهم بحديث (لا نكاح إلا بولي) فيتجه عليهم فيه أنه ضعيف مضطرب في إسناده ، فرواه موصولاً لإسرائيل وشريك عن أبي إسحاق عن أبي بردة عن أبي موسى عن النبي ﷺ ورواه منقطعاً أسباط بن محمد وآخرون عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي بردة فلم يذكرنا أباً لإسحق ورواه مرسلات شعبة وسفيان الثوري فلم يذكرنا أباً موسى وكل واحد من شعبة وسفيان حجة على إسرائيل وجميع من معه فكيف بهما إذا اجتماعاً ؟ فهو حديث لا تقوم به حجة على أصلهم ولو سلمنا صحة الاحتجاج به — بناء على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض فغاياته أنه حسن وهو لا يعارض الصحيح الذى ذكرنا (الأيم أحق بنفسها) .

وقد علمت ما يتجه على حديث (أيما امرأة) ويزاد هنا أن هذا الحديث يخالف مذهب الجمهور فإن مفهومه — وهم يعتدون بالمفهوم — أنها إذا نكحت بإذن ولها كان صحيحاً وهو خلاف مذهبهم .

أما حديث (لا تزوج المرأة المرأة) فقد قال فيه ابن كثير الصحيح وقفه على أبي هريرة وقد جاء في لفظ للدارقطنى (كنا نقول التي تزوج نفسها هي الزانية) وعلى تسليم رفعه فغاياته التنفير من استبداد المرأة بنفسها في الزواج وليس فيه ما يدل على فساد العقد إذا باشرته المرأة . ألا ترى أنه سماه زواجاً . وهذا الأسلوب معروف في التنفير . ومنه قوله تعالى (الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) .

ولا ريب أن محاسن العادات وما ينبغى للمرأة من عدم الخروج عن مألوفا أمر مستحسن وإن كان فساد العقد بعبارتها شيء وراء ذلك ولم يقد عليه دليل إلى الآن .

أما المعقول فيتجه عليهم فيه أن تحصيل المقاصد التي ذكروا للنكاح لا تتوقف على أن يباشر الولي العقد بنفسه بل يكفي في حصولها أن يأذن لها الولي أو يرضى به ويباشر العقد بعد ذلك من يباشر . فهو دليل قاصر عن عموم الدعوى التي هي عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء . والعلة الحقيقية في فوات هذه المصالح ليست هي الانوثة كما يظن وإنما هي الصغر الذي من شأنه أن يمنع عن مراعاة المصالح . أما الانوثة فليست ملزمة دائما ولا غالبا لفوات تلك المصالح فلا تصلح أن تكون مظنة . قال السكال : « وبمجرد وقوع المنسدة أحيانا لا يوجب المظنة وإذا وجد فللولي رفعه وكون ولي يحتشم قليل بالنسبة إلى رفع العار عن النفس » .

ولو سلمنا فلايس ما ذهبوا اليه متعينا لرفع الخلل إذ لا فرق في دفعه بين أخذ الرأي ومباشرة العقد .

وخلاصة القول أن الكتاب وعمل الرسول ﷺ وقوله وقواعد الأهلية المقررة لصحة التصرفات . كل هذا يمهّد شهادة واضحة لمن يقول بصحة العقد بعبارة النساء البالغات الحرائر سواء أكان لهن أم لغيرهن بوكاتهن ويكفي في مراعاة حق الولي أن يستأذن في غير الكفء أو يقبل اعتراضه على العقد إذا لم يأذن ونقول مراعاة للآداب الإسلامية أنه يستحب أخذ رأى الولي وأن يباشر العقد بنفسه « كيلا تنسب إلى الوقاحة والخروج عن مألوفا العادات » .

وأن الشريعة الإسلامية — التي تقر حق المرأة في الحياة الدائمة وتجعل لها في حياة الزوجية حقاً مثل حق الرجال (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف) وتبيح لها التصرفات مع المحافظة على العفة والشرف — ليبعد كل البعد أن تجعل عبارتها مفسدة للعقد حضر الولي أم غاب رضى الولي أم لم يرض .

وإذا صح أن يكون لهذا شبهة من الحق فيما إذا غاب أو لم يأذن فما هي الشبهة فيما إذا حضر أو أذن ؟

المقدار المحرم من الرضاع

أجمع العلماء على أن الرضاع ثبت به حرمة النكاح كما ثبت بالنسب والمصاهرة واختلفوا بعد ذلك في مقدار الرضاع الذي يثبت به ذلك التحريم فذهب الحنفية والمالكية إلى أن قليل الرضاع وكثيره سواء في ثبوت التحريم وهو مذهب جمهور من السلف والخلف ورواية عن الإمام أحمد . وذهب طائفة إلى أن المحرم منه قدر معين ولكنهم اختلفوا في تحديد ذلك القدر . فقال أبو عبيد وأبو ثور وداود الظاهري وابن المنذر لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان وإنما يحرم الثلاث فما فوقها وهو رواية ثانية عن الإمام أحمد . وقال آخرون لا يثبت التحريم بأقل من خمس رضعات متفرقات وهو مذهب الشافعي وظاهر الروايات عن أحمد وإحدى روايات ثلاث عن عائشة والثانية عنها لا يحرم أقل من سبع والثالثة لا يحرم أقل من عشرة وسنقتصر في البحث والمقارنة على غير هاتين الروايتين .

الأدلة

استدل أبو عبيد ومن معه بما رواه الجماعة إلا البخاري عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا تحرم المصاة ولا المصتان . وبما رواه أحمد ومسلم عن أم الفضل أن رجلا سأل النبي ﷺ أتحرّم المصاة فقال لا . لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصاة والمصتان . وفي رواية قالت : دخل أعرابي على نبي الله ﷺ وهو في بيتي فقال يا نبي الله إني كنت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت امرأتى الحداثى رضعة أو رضعتين فقال النبي ﷺ لا تحرم الإملاجاة ولا الإملاجتان .

قالوا هذه أحاديث صحيحة ثابتة رواها ثقة وهي صريحة في نفي التحريم بما دون الثلاثة فتسكون عقيدة لمطلق الارضاع الثابت بقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وما أشبهه ما ورد في الأحاديث . تقييده بغير الرضعة والرضعتين وهو الثلاث فما فوقها .

واستدل الشافعية . أولاً بما زوى مسلم وأبو داود والنسائي عن عائشة أنها قالت : كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن وثانيها بما رواه مالك في الموطأ وأحمد عن عائشة أنها قالت أن أبا حذيفة تبنى سالماً وهو مولى لامرأة من الانصار كما تبنى النبي ﷺ زيداً وكان من تبنى رجلاً في الجاهلية دعاه الناس ابنه وورث ميراثه حتى أنزل الله عز وجل .

ادعواهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم فردوا إلى آبائهم فمن لم يعلم له أب فولي وأخ في الدين فجاءت سهلة فقالت يا رسول الله كنا نرى سالماً ولداً يأوى معي ومع أبي حذيفة . ويراني فضلى . وقد أنزل الله عز وجل فيهم ما قد علمت فقال أرضعيه خمس رضعات فكان بمنزلة ولده من الرضاعة .

قالوا وعائشة أعلم الأمة بحكم هذه المسألة هي ونساء النبي وقد كانت إذا أرادت أن تدخل عليها أحداً أمرت إحدى بنات اخوتها أو اخواتها فأرضعته خمس رضعات فهذا عملها وذلك مروى وكلاهما صريح في أن التحريم إنما يتعلق بالخمس فيكون مطلق الكتاب والسنة مقيداً بها . أما أحاديث المصة والمصتين فتتفي التحريم بمطلق الرضاع ولا تثبت التحريم بالثلاث والأربع إلا بالمفهوم وهو مفوم عدد لا يقوى على معارضة مفهوم الحصر الثابت في رواية ابن ماجة عن عائشة : لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات وهذا طريق يجمع بين النصوص الواردة في الباب كلها بدون أن يهمل شيء منها .

وفي الأخذ بالمطلق إهمال لأحاديث الخمس ولا شك أن إعمال الأدلة كلها خير من إهمال بعضها .

واستدلوا ثالثاً : بأن المعنى المحرم في الرضاع إنما هو شبهة الجزئية التي تحدث بالابتن المنبت للحم المنشئ للعظم . وهذا لا يتحقق بالقليل من الرضاع فلا يكون بالقليل محرماً فوجب المصير الى ما ثبت بالسنة وهو الخمس .

واستدل الجمهور . أولاً — بقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) فانه علق التحريم بالارضاع من غير تقدير بغير معين فكيفما وجد الارضاع

تحقق الحكم . وثانيا بما روى عن عقبه بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما قال . فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عني فتعجبت فذكرت ذلك له فقال وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما فنهاه عنها . أمره بتركها ونهاه عن قربانها لمجرد إخبارها بالرضاع من غير استئصال عن عدد ولا كيفية . وقد قال العلماء (إن ترك الاستئصال في الأحوال ينزل منزلة عموم المقال) .

وثالثا — بآثار . مروية عن الصحابة فقد روى عن علي وابن مسعود وابن عباس أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وعن ابن عمر الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة الواحدة والرضعتان قال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلا الآية ولما بلغه أن عائشة تقول لا تحرم المصة والمصتان قال حكم الله أولى وخير من حكمها .

ورابعا — بأن الرضاع فعل يتعاق به التحريم فيستوى قليله وكثيره كالوطء الموجب له وذلك لأن شأن الشارع إناطة الحكم بالحقيقة مجردة على شرط التكرار والكثرة فكما وجدت الحقيقة وجد الحكم .

ثم قالوا إن المعنى الموجب للتحريم في الرضاع وإن كان في الحقيقة هو الجزئية الحاصلة بتحول الغذاء إلى اللحم والعظم إلا أنها أمر خفي غير ظاهر والمعروف بين الشرع إناطة الأحكام بالأوصاف الظاهرة المنضبطة . فالحكم لم يتعلق بالجزئية ههنا لخفاؤها وإنما تعلق بالارضاع لظهوره وانضباطه ونظيره إناطة الغسل بالابلاج والرخصة بالسفر .

قبل لأبي عبيد ومن معه . أن الأحاديث لا تدل إلا على أن مجرد المصة والمصتين من جهة الصبي أو الاملاجة والاملاجتين من جهة المرأة لا يثبت بها التحريم وجائز أن يكون ذلك من قبل أن اللبن لا ينفصل بها لضعف الصبي وحاجته إلى تكرار المص . فافترض من الحديث دفع توهم ثبوت التحريم بمجرد التقام الصبي الثدي أو إدخال الثدي في فمه . وهو لا يثبت إلا بتحقق وصول اللبن إلى الجوف . وما جاء في بعض الروايات من كلمة رضعة . فتصرف من الراوى يدل عليه نفي التحريم

بالمصّة بعد نفى التحريم بالرضعة . وقد قال ابن عباس حينما سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم ؟ إذا عقى الصبي فقد حرم . والعقى اسم لما يخرج من بطن الصبي حين يولد إذا وصل اللبن إلى جوفه . يقال عقيتم صبيكم أى سقيتموه ليسقط عنه عقبه وهو لا يسقط إلا إذا سار اللبن في جوفه فدل هذا على أن المعول عليه وصول اللبن إلى الجوف ومن هنا يظهر وجه إحمل هذه الأحاديث على ما ذكرنا على أن الامام الطحاوى . ذكر أن فى حديث المصّة اضطرابا وقال أن مداره على عروة بن الزبير عن عائشة . وروى أنه سئل عن الرضاعة فقال ما كان فى الحولين وإن كان قطرة واحدة محرم وفتوى الراوى بخلاف روايته يوهنها .

وقال الشافعية: ان حديث عائشة الاول فيه اضطراب وانقطاع من جهة معناه أما اضطرابه فقد جاء كما فى الرواية السابقة لمسلم وأبو دواد والنسائى وجاء فى راية ثانية لمسلم : نزل فى القرآن عشر رضعات معلومات ثم نزل أيضا خمس معلومات وفى رواية ثالثة للترمذى : أنزل فى القرآن عشر رضعات معلومات فنسخ من ذلك خمس رضعات إلى خمس رضعات معلومات فتوفى رسول الله ﷺ والأمر على ذلك وفى رواية رابعة لابن ماجه كان فيما أنزل الله عز وجل من القرآن ثم سقط لا يحرم إلا عشر رضعات أو خمس معلومات فهذه الروايات يدل بعضها وهو الرواية الاولى على بقاء التحريم بالخمسة مثلوا فى القرآن بعد وفاة الرسول ﷺ وبعضها وهو رواية ابن ماجه يدل على النسخ المعبر عنه بالسقوط كما تدل هذه على أن حكم العشر والخمس نزل مرة واحدة فى جملة واحدة ثم سقط الأمران معا فى حين ان غيرها يدل على أن حكم العشر نزل أولا ثم نزل حكم الخمس ناسخا لما زاد عليها وهو اضطراب يضعف الحديث ويسقط الاستدلال به فان قيل أن الراجح غير رواية ابن ماجه وهى أن العشر نزلت أولا ثم نسخت بنزول الخمس ثانيا وبقيت الخمس حتى توفى الرسول (وهن فيما يقرأ من القرآن) قلنا كيف هذا وهو لم يثبت فى القرآن ؟ وهل هذا إلا قول بضائع شىء منه بعد الرسول ﷺ ؟ نعوذ بالله من هذا ومن تحمل الجواب عنه .

قال ابن القيم فى زاد المعاد هو قرآن لم يتواتر وقد نسخ لفظه وبقي حكمه فيكون له حكم قوله (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما) مما اكتفى بنقله آحاد

وحكمه ثابت أما قول عائشة فتوفي الرسول ومن فيما يقرأ فالمراد أنه لقرب عهد الوفاة بالنسخ كان يقرؤها من لم يبلغه النسخ اهـ .

وهذا تأويل بعيد لا يساعد عليه ظاهر الرواية وإن سلمناه وقلنا أنه خير من زعم أنه سقط شيء من القرآن أو أنه لم يتواتر فلم يثبت في القرآن فهو يدل على نسخ الكل لا على البعض كما يقولون والقول بالنسخ مع بقاء الحكم يحتاج إلى دليل لأن الأصل ان نسخ الدال يرفع حكمه قال الكمال : وأما ما نظر به من الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجهما فلولاً ما علم بالسنة والاجماع لم يثبت به .

هذا وقد تسامل صاحب المنار في تفسيره عن حكمة نسخ العشر بالخمس عند من عمل برواية عائشة . وعن حكمه نسخ الخمس عند من قبل روايتها وادعى أن الخمس نسخت بنسخ التلاوة ؟ وقال إن أقصى ما يمكن أن يقال في بيان الحكم أنها التدرج في التحريم كما في الخمر ولكن بين التحريم بالرضاع وتحريم الخمر فرقا فشرب الخمر من شأنه إغراء الشارب فيصعب تركه مرة واحدة ولا كذلك نكاح المرضعة ثم استبعد وقوع النسخ في هذا الحكم وقال إذا كانت العلة في التحريم بالرضاعة وهي الجزئية . تتحقق بالثلاث أو الخمس . فكيف يجعلها الحكم عسراً ثم خمساً ثم أقل من ذلك ؟ الحق أنه لا يظن لهذا النسخ حكمة ولا يتفق مع ما ذكر من العلة وإن رد هذه الرواية عن عائشة لأهون من قبولها مع عدم عمل جمهور من السلف والخلف بها . فإن لم نعتد روايتها قلنا أسوة بمثل البخاري وبمن قالوا باضطرابها خلافاً للنووي وإن لم نعتد معناها قلنا أسوة بمن ذكرنا من الصحابة والتابعين ومن تبعهم في ذلك كالحنفية وهي عند مسلم عزرواية عمرة عن عائشة أو ليس رد رواية عمرة وعدم الثقة بها أولى من القول بنزول شيء من القرآن لا تظهر له حكمة ولا فائدة ثم نسخه أو سقطه أو ضياعه اهـ وقال القاضى أبو بكر بن العربي (أما حديث عائشة فهو أضعف الأدلة لأنها قالت كان مما نزل من القرآن ولم يثبت أصله فكيف يثبت فرعاه) أما حديث سالم . فلم يذكره مسلم فيه عداً على أن الشافعية الذين يستدلون به يرون أن المحرم خمس رضعات مشبعات وليس من المعقول أن ترضع المرأة الرجل فتشبعه قال الكمال (لأن الرجل لا يشبعه من اللبن رطل

ولا رطلان فأين تجد الآدمية في نديها قدر ما ينبغي . هذا محال عادة فالظاهر أن معدود خمسا فيه المصات .

ثم قال كيف جاز أن يباشر عررتها بشفتيه فدل المراد أن تحلب له شيئا مقدار خمس مصات فيشربه . ثم هو بعد ذلك في رضاع الكبير وقد صح أنه ليس محرما ففي الموطأ وسنن أبي داود عن يحيى بن سعيد أن رجلا سأل أبا موسى الأشعري فقال إني مصصت من ثدي امرأتى لبنا فذهب في بطني ؟ فقال أبو موسى لا أراها إلا قد حرمت عليك فقال عبد الله بن مسعود أنظر ما تفتي به الرجل . فقال أبو موسى فما تقول أنت ؟ فقال عبد الله . لا رضاع إلا ما كان في حولين . فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء مادام هذا الخبر بين أظفاركم . وجاء في الصحيحين عن عائشة نفسها أن رسول الله ﷺ قال إنما الرضاة من المجاعة . والقول بأن عائشة رضيت الله عنها كانت إذا أرادت أن تدخل عليها أحدا أمرت إحدى قريباتها بارضاعه فول لا يتفق ونزاهة عائشة رضي الله عنها ومكانتها ادينية التي تأتي عليها أساليب الاحتيال وهي التي روت قول الرسول ﷺ لها : أنظرن من إخوانكم إنما الرضاة من المجاعة . والذي يقبل قصة سالم يرى أنها رخصة لسهولة خاصة نظراً لذناته صغيرا بينهما وقد جاء ذلك مصرحا به على لسان أمهات المؤمنين . والظاهر أن التحريم لا يثبت بما دون الرضاة لأن المحرم بنص القرآن هو الارضاع والارضاع لا يتحقق إلا بمره منه وهي الرضاة . والرضاة هي أن يأخذ الصبي الثدي ولا يتركه إلا طائعا . نظيرا لأكله . ونومه . وما اليهما وبهذا يكون القرآن مطلقاً في الرضاة قليلها وكثيرها وتكون أحاديث المصة والاملاجة متفقة مع هذا الاطلاق إذ كل منهما غير الرضاة .

قال ابن العربي ورأى مالك وأبو حنيفة الاخذ بمطلق القرآن وهو الصحيح لأنه عمل بعموم القرآن وتعلق به . وقد قوى ذلك بأنه من باب التحريم في الأبضاع والحوطة على الفروج فقد وجب القول به لمن يرى العموم ومن لا يراه والله أعلم .

الطلاق البدعى

شرع الله الزواج لمقاصد سامية لا تتحقق إلا إذا أحسنت العشرة بين الزوجين وتراپطت قلوبهما . وحرصاً على بقاء هذه العلاقة قوية متينة أحاطها الشارع بسياج منيع يحفظها من الضعف والانحلال . ومن ذلك أنه أمر أولى الشأن إذا خافوا الشقاق بين الزوجين أن يسارعوا إلى تلافيه بالاصلاح وأرشد الزوج إلى ألا يتأثر بما يجد في نفسه من بغض وكراهة وأطمعه في خير كثير يناله إذا لم يساير هذه العاطفة . قال الله تعالى . (وعاشروهن بالمعروف فان كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً) ونفر من الطلاق وجعله بغضاً عنده لما فيه من قطع ما يجب الله أن يوصل — روى ابن عمر عنه عليه السلام أنه قال أبغض الحلال إلى الله الطلاق . وروى عن ثوبان أن رسول الله ﷺ قال : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما أبأس فخرام عليها رائحة الجنة .

ومن ذلك تعلم أن الاصل في الطلاق والحظر لما فيه من كفران نعمة التكاك وهدم مقاصده وإلحاق الأذى بالزوجة وأهلها وأولادها ولكن الشارع الحكيم قدر أن العشرة بين الزوجين قد تسوء ويتفاقم شرها ولا يجدى في إصلاحها علاج فأذن عند ذلك بالفراق وجعله سبيلاً للخلاص عند تباين الافلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله وقد يعرض ما يجعل الفراق مندوباً أو واجباً . هذا حكم الطلاق بالنظر إلى ذاته ، وله مع ذلك حكم آخر باعتبار وقته وعدده وهو بهذا الاعتبار يكون سنياً وبدعياً .

والكلام هنا في موضعين - الأول - فيما يكون سنياً وما لا يكون - الثاني - في وقوع البدعى وعدم وقوعه ، وإليك في الموضعين ما اتفق العلماء عليه وما اختلفوا فيه .

الموضع الأول : سنى الطلاق وبدعيه

اتفق العلماء في هذا الموضع على ما يأتى :

(أ) أن طلاق المدخول بها في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة لم يتبعها في عدة بطلقة أخرى سنى .

(ب) أن طلاقها في الحيض أو النفاس أو في طهر مسها فيه بدعى إذا كانت غير حامل

(ج) ان طلاق غير المدخول بها ليس سنياً ولا بدعياً من جهة الوقت إلا ما يروى عن زفر من أن طلاقها حالة الحيض بدعى كالمدخول بها .
وأما الذى اختلفوا فيه من هذا الموضوع فهو :

(أ) سنية الطلاق وبدعيته من جهة العدد فقال الشافعية : ليس فى الجميع بدعة ولا فى التفريق سنة والمدخول بها وغيرها سواء . بل نقل ابن رشد عن الشافعى أن المطلق ثلاثاً بلفظ واحد مطلق للسنة وقال الحنفية والمالكية إن إيقاع الثلاث والثنتين دفعة واحدة أو متفرقة فى طهر واحد بدعى يستوى فى ذلك المدخول بها وغيرها ، وللحنابلة فى الثلاث روايتان إحداهما أنه غير بدعى واختارها الحرقى الثانية أنه بدعى واختارها أبو بكر وأبو حنص . أما الثنتان دفعة أو متفرقة فى طهر فسنى ، هذا فى المدخول أما غير المدخول بها فلا سنة ولا بدعة فى طلاقها وقتاً ولا عدداً .

(ب) إذا أردت طلاق المدخول بها المتفق على سنيته بطلاق آخر فى العدة فقال المالكية والحنابلة يكون بدعياً وقال الحنفية يكون سنياً إذا وزعت الطلقات على الأظفار .

(ج) طلاق الآيسة والصغيرة : فذهب الحنفية إلى أنه يكون سنياً وبدعياً من حيث الوقت فالسنى فهم ما أن يطلق واحدة أو أكثر بشرط أن يفصل بين كل تطبيقين بشهر وذهب الأئمة الثلاثة إلى أنه لاسنة ولا بدعة فى طلاقهما من حيث الوقت .
(د) طلاق الحامل فقال أبو حنيفة وأبو يوسف هى كالآيسة والصغيرة يكون طلاقها سنياً بواحدة أو بثلاث فى ثلاثة أشهر وقال محمد وزفر لا يكون سنياً إلا بواحدة وقال الأئمة الثلاثة لا يوصف طلاقها بسنة ولا بدعة .

والخلاصة : أن الحنفية يرون أن الطلاق يكون سنياً وبدعياً من حيث الوقت والعدد فى المدخول بها ومن حيث العدد فقط فى غير المدخول بها أما من حيث الوقت فليس فى طلاقها سنة ولا بدعة .

وأن الشافعية يرون أنه لاسنة ولا بدعة فى العدد مطلقاً . أما من حيث الوقت فيرون أن طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعة وطلاق الحكيم والحاكم على المولى بطلبها وطلاق المتعيرة ليس سنياً ولا بدعياً وما عدا ذلك فاما سنى وأما بدعى .

وان الحنابلة يرون أن طلاق الآيسة والصغيرة وغير المدخول بها والحامل لا يكون سنيا ولا بدعيا في وقت ولا عدد ، وما عدا ذلك يكون سنيا وبدعيا من حيث الوقت والعدد . وان المالكية يرون ان طلاق الصغيرة والآيسة والحامل وغير المدخول بها لا يوصف بسنية ولا بدعية من حيث الوقت اما من حيث العدد فيكون سنيا وبدعيا .

هذه هي آراء الأئمة في سنى الطلاق وبدعيه والاصل فيما اتفقوا على سنيته أو بدعيته قوله تعالى: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة) وقوله ﷺ (لعمر — وقد طلق ابنه عبد الله امرأته في الحيض (مره فليراجعها . أو ليطلقها طاهراً أو حاملاً) فان معنى الآية الامر بتطبيق النساء في الوقت الذي تستقبل فيه العدة وقد ورد عن النبي ﷺ بيانه بقوله في حديث ابن عمر . فان بداله أن يطلقها قبل أن يمسه فملك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ومن ذلك استنبط العلماء أن الطلاق الذي يطول العدة على المرأة أو يقع اشتباهاً في العدة أو يقع في زمن فتور الرغبة فيها يكون بدعياً وقد وجدت هذه المعاني كلها فيما اتفقوا على بدعيته . ولم يوجد واحد منها فيما اتفقوا على سنيته ولما كانت الرغبة متوفرة في غير المدخول بها دائماً وليس لها عدة يخشى طولها أو اشتباهاً جاز طلاقها في الحيض والطمهر على حد سواء ولم يكن طلاقها من حيث الوقت سنياً ولا بدعياً إلا أن زفر يقول أن وقت الحيض في ذاته زمن نفرة فطلاقها فيه كطلاق المدخول بها فيه ووجه الجمهور واضح .

الأدلة في مواضع الاختلاف

استدل الشافعية على مذهبهم في المسألة الأولى باطلاق النصوص الواردة في الطلاق وذلك مثل قوله تعالى: (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء) الآية و (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء) الآية حيث لم يقيّد الطلاق فيها بعدد مخصوص .

وبما روى عن سهل بن سعد قال لما لاعن أخويني عجلان امرأته قال يا رسول الله كذبت عليها ان أمسكتها فطلقتها ثلاثاً ولم ينكر ذلك عليه ﷺ .

وبما جاء في بعض روايات حديث فاطمة بنت قيس (طلقتني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله نفقة ولا سكنى ولم ينكر عليه أيضا .

وبأن عبد الرحمن بن عوف طلق تमाضر ثلاثا في مرضه . وبأن الحسن بن علي رضي الله عنه طلق امرأته شهباء حينما هنأتها بالخلافة بعد موت أبيه ثم قالوا إن الطلاق مشروع والمشروعية لا تتجمع الحظر وأما حرمة الطلاق في الحيض أو الطهر الذي مسها فيه فهي للبضارة أو لاشتداه وجه العدة . وقالوا لو طلق نساء الأربع بكلمة واحدة كان سفيا اتفاقا فكذلك إذا جمع الثلاث الواحدة . واستدل المالكية والحنفية بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان إلى قوله فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره — قال الكمال دلت الآية على ألا طلاق مشروع إلا كما جاء فيها إذ ليس وراء الجنس شيء وهذا من طرق الحصر فلا طلاق مشروع ثلاثا بكلمة واحدة .

أما السنة . فما روى عن ابن عباس أنه قال للذي طلق ثلاثا عصيت ربك وفارقت امرأتك . وما جاء في حديث عبادة بن الصامت حيث قال ﷺ بانث ثلاث في معصية الله وما روى النسائي عن محمود بن لبيد . قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاثا جميعا فقام غضبان فقال أيلعب بكتاب الله غز وجل وأنا بين أظهركم حتى قام رجل فقال لرسول الله ﷺ ألا أقتله ؟ أما المعقول فقالوا الأصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع المصالح الدينية والدينية وكفران نعمة النكاح ولا يخرج عن هذا الأصل إلا عند الحاجة وما شرع الحاجة يقدر بقدرها ويكفي في دفع الحاجة الواحدة أو التفريق على الإطهار والجمع مع كونه زيادة مفوت للحكمة المقصودة للشارع من التفريق وهي التدارك عند الندم وبهذا التقرير اندفع قول الشافعية أن الأصل فيه الإباحة وهي لا تتجمع الحظر أما آيات الكتاب المطلقة فهي مقيدة بالآية التي ذكرنا وأما عدم الإنكار على عويمر فلأن الفرقة لم تقع بالطلاق بل بلغاها وأما الأحاديث الأخرى فلم يقع جمع الثلاث فيها بين يديه ﷺ حتى يكون مقرا له ولم يحضر المطلق حتى ينكر عليه على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطبيقه كانت قد بقيت لها من طلاقها .

وقد روى محمد بن سيرين عن علي كرم الله وجهه أنه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فتى شاء راجعها .

* * *

واستدل المالكية على مذهبهم في مسألة تفريق الطلقات على الاطهار بأن الأصل في الطلاق الحظر كما قرر في المسألة السابقة وأن الاباحة للحاجة وهي تدفع بالواحدة واستدل الجنفية بقوله ﷺ في حادثة ابن عمر وقد أراد أن يتبع الطلقة التي أوقعها في الحيض بطلقتين أخريين عند القرأين يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة . السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء فأمرني فراجعها فقال إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو امسك وأما القول بأن الأصل في الطلاق الحظر وإنما يباح للحاجة فمسلم ولانسلم أن الحاجة تندفع بالواحدة في كل حال بل قد يحتاج إلى أن يفظم نفسه عنها على وجه يأمن فيه من عروض الندم فإذا عاد تطليقها في الطهر وهو زمن تجدد الرغبة دل على تمكن تلك الحاجة من نفسه .

ولا يخفى أن مدرك المالكية في هذه أظهر ولا دلالة في الحديث لأنه تشريع عام لا يخص الحادثة بدليل قوله إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو امسك على أن في ارداف الطلقات تكريرا لفجيرة المرأة وزيادة في إيلاها بغير موجب ولأن يفظم المرأة نفسه بعزيمته خير من أن يفظمها بايذاء المرأة .

أما الخلاف في المسألتين الأخيرتين فع ابتناؤه في الجملة على الخلافية الثانية فأمره سهل لاتفاقهم على أن تطليق كل منهن واحدة ليس بدعياً .

وقوع الطلاق البدعى

قد علمت أن من البدعى ما يرجع إلى الوقت ومنه ما يرجع إلى العدد وقد قال ابن القيم في زاد المعاد : أجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذي أذن الله فيه وإباحه إذا كان مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له . واختلفوا في وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان — المسألة الاولى — الطلاق في الحيض أو في الطهر الذي مس فيه — المسألة الثانية — الطلاق بجمع الثلاث . ولنفرد لكل منهما بحثا على حدة .

وقوع الطلاق في الحيض أو في طهر مس فيه

اختلف العلماء في هذه المسألة . فذهب الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء إلى القول بالوقوع وذهبت طائفة إلى القول بعدم وقوعه منهم الباقر والصادق من أئمة الشيعة . وابن عليه من فقهاء المعتزلة . وارتضاه ودافع عنه من الحنابلة ابن تيمية وتلميذه ابن القيم .

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) وقوله تعالى (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ، وغير ذلك من آيات الطلاق . قالوا جاءت هذه الآيات مرتبة على مطلق الطلاق حكمه من غير أن تقيده بوقت دون وقت ولا بمطلقة دون مطلقة فدل ذلك على الوقوع في عموم الأوقات والأحوال ولم يوجد من النصوص بما يفيد لإطلاق هذه الآيات فوجب القول بوقوع الطلاق في طهر أو حيض — أما السنة : فأورد في قصة عبد الله بن عمر من الألفاظ الدالة على الوقوع . وأولها قوله ﷺ في حديث رواه الجماعة (مره فليراجعها) أمره بالمراجعة وهي إنما تكون بعد وقوع الطلاق — ثانيا ما في رواية للشيخين (وكان عبد الله طلق تاليفة فحسبت من طلاقها) . ثلثها قول ابن عمر لما قيل له أيحسب بتلك التاليفة (أرأيت أن عجز واستحق) أي أن عجزه وحقه يكون عذرا له في عدم احتسابها . رابعا ما جاء في رواية أحمد ومسلم والنسائي (وكان ابن عمر إذا سئل عن الطلاق في الحيض قال لأحدهم : أما إن طلق امرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله أمرني بهذا وإن كنت طلقثا ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك) قالوا هذا عبد الله بن عمر الواقفي عند المأثور وهو صاحب قصة الطلاق في الحيض يخبر أن الطالقة احتسبت عليه وينكر عدم احتسابها ويفتي بوقوعها .

ثانيا — ماورد عن حماد بن زيد عن أنس رضي الله عنه قال رسول الله ﷺ من طلق في بدعة الزمناه بدعته . قالوا وقد أفتى بوقوع هذا الطلاق عثمان وزيد ابن ثابت .

أما المعقول فقالوا . إنه طلاق ما در من اهله في محله فيقع . والطلاق ليس عبادة ولا قربة حتى يعتبر لوقوعه موافقة الأمر . وإنما هو إزالة العصمة وإسقاط الحق فلا تنقيد سببته بوقت معين والنهي عنه في وقت الحيض ليس لفقده السببية وإلا لما نهى عنه . وإنما كان النهي لأمر خارج عن حقيقته وعن سببته وهو الاضرار بالزوجة بتطويل العدة عليها .

واستدل القائلون بعدم الوقوع بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) قالوا ازا الأصل في الطلاق الحظر وقد دلت الآية على إباحته — للحاجة — في وقت معين وهو وقت استقبال العدة فنقتصر مشروعيته على مورد النص ويبقى ما عاده على الأصل غير مشروع فلا يقع وتكون هذه الآية مقيدة لاطلاق النصوص الواردة في الطلاق مبنية أن الطلاق الوارد فيها المستعقب لآثاره هو الطلاق على هذا الوجه المذكور في الآية . ويوضح هذا ما عرف من أن النصوص الواردة في العبادات وسائر المعاملات كالأنكحة والبيوع — وإن كان مطلقة — لا تشمل إلا المشروع منها .

أما السنة . فما صح من قوله صلى الله عليه وسلم (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد . أو كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد) ولا كلام في صحة هذا الحديث كما أنه لا كلام في أن محل النزاع ليس مشروعا . ويقتضى هذا أنه مردود على صاحبه ولا يترتب على الردود أثر .

ثانيا : ما أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي (أن ابن عمر سئل كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضا . فقال طلق ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله ﷺ فقال أن عبد الله طلق امرأته وهي حائض قال عبد الله تردها على ولم يرها شيئا) قالوا : الحديث من رواية رجال ثقة أئمة حفاظ . وهو ظاهر في إهمال هذا الطلاق وعدم وقوعه .

أما المعقول . فقالوا : لا خلاف أن الشارع نهى عن هذا الطلاق ولم يأذن للزوج فيه فلا يكون ما لك له وكل ما كان كذلك لا يصح ولا ينفذ . أما أولا فلأن النهي يقتضى فساد المنهى عنه وقد سبق رد الرسول لما خالف الأمر وأما ثانيا فلأن

الفقهاء قالوا : لو وكل رجلا أن يطلق امرأته طلاقاً جائزاً فطلقها طلاقاً حراماً لم يقع : فكيف يكون إذن المخارق متعبراً دون إذن الشارع .

ومن البين أن المكلف إنما يتصرف بالاذن فما لم يأذن به الله . ورسوله لا يكون محلاً للتصرف البتة . وما ذلك الاكتطيق الأجنبية والطلقة الرابعة وقالوا أن النهي حجر من الشارع فلو قلنا بالوقوع لم يكن لحجر الشارع معنى وكيف يكون حجر القاضي عن منعه التصرف أقوى من حجر الشارع وقال أن النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين إلا بيقين مثله من كتاب أوستة صحيحة صريحة أو إجماع . ولا سبيل إلى واحد من هذه الثلاثة . فلا تزول العصمة بهذا الطلاق المحظور .

هذه أدلة الفريقين في المسألة . وقد نوقش الجمهور في الاستدلال بالآيات المطلقة بما سلف في أدلة المخالفين . من أنها مقيدة بآية فطلقوهن لعدتهن .

وفي استدلالهم بقصة ابن عمر . من وجوه أولها أن كلمة المراجعة ليست صريحة في وقوع الطلاق لأنها جاءت في كلام الله وكلام رسوله على ثلاثة معان أحدها ابتداء النكاح كما في قوله تعالى (فان طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله) ثانيها رد الشيء إلى الحالة الحسية التي كان عليها أولاً كقوله ﷺ للنعمان بن بشير لما انحل ابنه غلاماً خصه به دون ولده أرجعه . وقوله تعالى فلا ترجعوهن إلى الكفار ثالثها استدامة الملك بعد الطلاق . ومع هذا الاحتمال لا يتم بها استدلال . ثانياً أن حسابها الوارد فيه لم يضاف عينا إلى الرسول ﷺ بل الظاهر أن احتسابها كان اجتهداً من ابن عمر بدليل قوله أرأيت فإنه لا حاجة إلى الرأي مع النص .

وقيل لهم في حديث أنس (من طلق في بدعة الزمناه بدعته) حديث باطل لم يروه أحد من الثقات وإنما هو من حديث إسماعيل بن أمية الكذاب وكذلك طعن في نقل فتيا عثمان بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما .

ونوقشوا في المعقول بمنع أنه صادر في المحل لأن محل الطلاق ما بينته آية فطلقوهن لعدتهن وكونه إزالة العصمة وإسقاط الحق لا يبرر وقوعه ونفاه عند مخالفة الأمر لأنه لم يملك ذلك الإسقاط إلا على وجه خاص .

وقد ناقش الجمهور أدلة المخالفين . فقالوا : لامارضة بين قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وبين الآيات المطلقة حتى يحمل المطلق على المقيـ . لأن المقيـة سبقت لبيان وقت التطليق الذي لا يلحق المرأة فيه ضرر والآيات الأخرى سبقت لبيان الأحكام التي تترتب على وقوع الطلاق وقد يكون منه الطلاق الغير العدة وليس في الآية الثانية ما ينفي وقوعه . وكونه عظورا لأمـ لا يرجع الى حقيقة الشرعية لا يمنع وقوعه وصحته ٩ . وما حظر الا لأنه يقع ويترتب عليه أثره اذ لو كان غير واقع لما لحق الزوجة منه ضرر ويكون لغوا من القول وأما عدم شمول نصوص العبادات والمعاملات للفساد فلأن الفساد خلل راجع الى حقيقة أما ما يرجع الخلل فيه الى غير الذات فلا نسلم أنها لا تشملها ولذلك كان في العبادات والمعاملات الفساد والصحيح والمكروه وهذا آية أن النهى لا يتنافى المشروعية باطلاق .

وقيل لهم في الحديث (من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد) إن الرد عدم القبول . ولا يلزم منه عدم الصحة . فكـ من شيء صحيح غير مقبول ولا مثاب عليه . وقيل لهم في قول ابن عمر (فردها على ولم يرها شيئا) ان هذا الحديث قد أعله أحد بمخالفة رواية أبي الزبير لسائر الحفاظ . وقال أبو داود : وروى هذا الحديث عن ابن عمر جماعة وأحاديثهم على خلاف ما قال أبو الزبير . وقال ابن عبد البر قوله (ولم يرها شيئا) منكر لم يقله غير أبي الزبير وليس بمجة فيما خالفه فيه مثله فكيف اذا خالفه من هو أوثق منه . وقال الخطابي قال أهل الحديث لم يرو أبو الزبير حديثا أنكر من هذا . وقد يحتمل أن يكون معناه لم يرها شيئا تحرم منه المراجعة أو لم يرها شيئا جائزا في السنة ماضيا في الاختيار . وأمام هذا التجريح لا تجدى محاولة التعديل والتصحيح .

ونوقشوا في المعقول بما سبق تقريره في تأثير النهى في النهى عنه . وأما مسألة التوكيل وحجر القاضي فالقياس عليهما قياس مع الفارق . لأن الوكيل في هذا الباب سفير ومعبـ عن الموكل . والسفير لا يملك غير ما فوض اليه ولأن حجر القاضي مبنى على عدم أهلية المحجور للتصرف قال الطحاوى وليس ذلك كالوكالات لأن الوكلاء انما يفعلون ذلك الموكلين فيحلون في أفعالهم تلك عملهم فان فعلوا ذلك كما أمروا لزومهم . وان فعلوا ذلك على غير ما أمروا به يلزم . والعباد في طلاقهم

أما يفعلونه لأنفسهم لا لغيرهم ولا لربهم عز وجل . أما طلاق الأجنبية والطلقة الرابعة فبطلانها لانعدام المحل ولا كذلك محل النزاع . وقولهم أن النكاح ثابت بيقين ولا يزول اليقين الا بيقين مثله مسلم وليس بعد النطق بالطلاق ممن يقصده وهو أهل له في محله الشرعى يقين . فاذا منعوا المحل فجوابه ما سبق في أثر النهى وبعد فلعلك بموازنة أدلة الفريقين والنظر في المناقشة من الجانبين تعرف أن مذهب الجمهور أسعد حظا بالقياس والنص .

إيقاع الثلاث بكلمة واحدة في وقت واحد

للإمام في هذه المسألة مذاهب فالأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين على أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة وافع . وذهب طائفة إلى أن الذى يقع به واحدة رجعية . ومن هؤلاء الزيدية من الشيعة وابن تيمية وتلميذه من الحنابلة قال ابن القيم : وأفتى بعض أصحاب مالك حكاة التلمسانى قولا لبعض المالكية في شرح تفريع ابن الجلاب وأفتى به بعض الحنفية حكاة أبو بكر الرازى عن محمد بن مقاتل . وأفتى به بعض أصحاب أحمد حكاة ابن تيمية عنه قال وكان الجدي يفتى به أحيانا .

وجاء في نيل الأوطار أن ابن مغيث نقله في كتاب الوثائق عن محمد بن وضاح ونقل الفتوى به عن جماعة من مشايخ قرطبة كمحمد بن بقر ومحمد بن عبد السلام وحكاة أيضاً عن علي وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف والزبير . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاوس وعمر بن دينار . كما حكاها صاحب البحر عن أبي موسى وذكره رواية عن علي وابن عباس .

وذهب بعض الإمامية إلى أنه لا يقع به شيء وحكى ذلك عن بعض التابعين وعن ابن علية . وهشام بن الحكم وبه قال أبو عبيدة وبعض أهل الظاهر .

وذهب جماعة من أصحاب ابن عباس واسحق بن راهويه إلى أن المطلقة ان كانت مدخولا بها وقعت الثلاث . ان لم تكن مدخولا بها فواحدة وبه قال الحسن البصرى .

الأدلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فأيات الطلاق فانها قد وردت مطلقة لم تفرق بين إيقاع الواحدة وغيرها . أما السنة ، فمنها حديث سهل بن سعد . وفيه أن عويمر العجلاني قال بعد الفراغ من اللعان كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا . وفي رواية لأحمد هي الطلاق وهي الطلاق وهي الطلاق . فتسريحه لها بهذه الكيفية بعد أن قال كذبت عاينها ان أمسكتها دليل واضح على أنه يعلم أن التطليق على هذا الوجه طريق للبينونة التي يريد ، وقد كان ذلك بمسمع من النبي ﷺ ولم ينكر عليه ان هذا يحقق غرضه .

ومنها حديث ابن عمر . قال سئل نبي الله ﷺ عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا ويترجها آخر فيغلق الباب ويرخي الست ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل تحل للأول ؟ قال لا حتى تذوق العسيلة قالوا فلو لا أن الثلاث تقع ما توقف حلها للأول على ذوق العسيلة .

ومنها . حديث فاطمة بنت قيس في رواية طلقني زوجي ثلاثا فلم يجعل لي رسول الله سكنى ولا نفقة قالوا فلو أنه لم يقع أصلا أو وقع واحدة رجعية لما حرمت من السكنى والنفقة .

ومنها . حديث عبادة بن الصامت قال طلق جدى امرأة له ألف تطليمة فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ما اتقى الله! جدك أما ثلاث فله وأما تسعمائة وسميع وتسعون فعدوان وظلم إن شاء الله عذبه وإن شاء غفر له .

ومنها . ما جاء في حديث ركابة بن يزيد أنه طلق امرأته البتة . وإن النبي ﷺ استحلفه أنه ما أراد الا واحدة فاستحلفه على ارادة الواحدة دايما على أنه لو أراد الثلاث وقعن واذا كانت الثلاث تقع بالنية في الكناية فأولى أن تقع بصريح الطلاق .

ومنها . ما جاء في بعض روايات حديث ابن عمر أنه قال : فقلت يا رسول الله لو كنت طلقته ثلاثا أكان لي أن أراجعها فقال رسول الله ﷺ لا كانت تبين وتكون معصية .

ومنها . حديث محمود بن لبيد وفيه أن الرسول ﷺ أخبر عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بينه أظهركم ؟ قالوا فلولاً أن الثلاث يقعن لما كان للغضب محلاً .

ومنها ما روى أبو دواد عن مجاهد قال كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال انه طلق امرأته ثلاثا . قال فسكت حتى طننت أنه رادها إليه ثم قال ينطق أحدكم فيركب الخوقة ثم يقول يا ابن عباس يا ابن عباس وأن الله قال ومن يتق الله يجعل له مخرجاً وانك لم تتق الله فلم يجعل لك مخرجاً عصيت ربك فبانت منك امرأتك وفي موطأ مالك بلغه أن رجلاً قال لعبد الله بن عباس اني طلق امرأتى مائة تطليقة فإذا ترى على قال طلق منك ثلاثا وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا وفيه أيضا أن رجلاً جاء الى ابن مسعود . فقال اني طلق امرأتى ثمانى تطليقات . فقال ما قيل ذلك ؟ فقال قيل لى بانت منك فقال صدقوا هو مثل ما يقولون . قال الكمال وظاهره الإجماع على هذا الجواب .

وأما الإجماع فقالوا ثبت النقل عن أكثر المجتهدين من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ان الثلاث يقعن مجتمعة ولم ينكر عليهم ذلك منكر وقد خاطب عمر الناس جميعا بامضاء الثلاث على من حلف بها . وفيهم أصحاب الرسول ﷺ وفيهم من يعلم ما كان عليه العمل في حياته ﷺ فوافقوه ولم ينكر عليه أحد . قال الطحاوى في شرح معاني الآثار . فكان ذلك أكبر الحجة في نسخ ما تقدم من ذلك . لا سيما لما كان نفل أصحاب الرسول ﷺ جميعاً نقلاً يجب به الحجة كان كذلك إجماعهم على القول إجماعاً يجب به الحجة وكما كان إجماعاً على النقل بريئاً من الوهم والزال كان كذلك إجماعهم على الرأي بريئاً من الوهم والزلل وقد رأينا أشياء قد كانت على عهد رسول الله ﷺ على معاني فجعلها أصحابه رضي الله عنهم على خلاف تلك المعاني لما رأوا فيها ما قد خفي على من بعدهم فكان ذلك حجة ناسخاً لما تقدمه من ذلك تدوين الدواوين . والمنع من بيع أمهات الأولاد وقد كن يمين قبل ذلك والتوقيت

في حد الحظر ولم يكن فيه توقيت قبل ذلك . فلما كان ما عملوا به من ذلك لا يجوز لنا خلافه الى ما رأينا بما قد تقدم فعلمهم به كان كذلك ما وقفونا عليه من الطلاق الثلاث الموقع معا أنه يلزم . لا يجوز لنا خلافه الى غيره مما روى أنه كان قبله على خلاف ذلك . وبعد أن ساق الأحاديث في معنى ما ذكرنا للجهمي وأورد اعتراضا قال : فان قال قائل قد رأينا العباد أمروا ألا ينكحوا النساء الا على شرائط . منها أنهم منعوا من نكاحهن في عدتهن فكان من ينكح امرأة في عدتها لم يثبت نكاحها عليه وهو في حكم من لم يعقد عليها نكاحها فالتفت على ذلك أن يكون كذلك هو اذا عقد عليها طلاقا في وقت نهى عن ايقاع العلق فيه الا يقع طلاقه ذلك وأن يكون في حكم من لم يوقع طلاقا فالجواب في ذلك أن ما ذكر من عقد النكاح كذلك هو وكذلك العقود كلها التي يدخل العباد بها في أشياء لا يدخلون فيها إلا من حيث أمروا بالدخول فيها . وأما الخروج فقد يجوز بغير ما أمروا بالخروج به من ذلك انا قد رأينا الصلوات قد أمر العباد في دخولها ألا يدخلوها الا بالتكبير والاسباب التي يدخلون فيها وأمروا ألا يخرجوا منها الا بالتسليم فكان من دخل في الصلاة بغير طهارة وبغير تكبير لم يكن داخلا . وكان من تكلم فيها بكلام مكروه أو فعل فيها شيئا مما لا يفعل فيها من الأكل والشرب والمشي وما أشبهه خرج من الصلاة وكان مسيئا فيما فعل من ذلك في صلاته فكذلك الدخول في النكاح لا يكون الا من حيث أمر العباد بالدخول فيه والخروج منه قد يكون بما أمروا بالخروج به منه وبغير ذلك .

وقد ارتفع صرح هذه الأدلة في نظر الكمال بن الهمام . وقال فاذا بعد الحق الا الضلال وعن هذا قلنا لو حكم حاكم بأن الثلاث بضم واحد واحدة لم ينفذ حكمه لانه لا يسوغ الاجتهاد فيه فهو خلاف لا اختلاف .

• • •

واستدل القائلون بأنه واحدة رجعية بالكتاب والسنة والمقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان) الآية قالوا دلت الآية على أن الطلاق المشروع بعد الدخول نوعان الطلاق الذي لا يملك الرجل فيه الرجعة وهو ما دل عليه قوله تعالى (فان طلقها فلا تحل له) الآية والطلاق الذي يملك الرجل فيه الرجعة وهو ما يسبق هذه الطلقة وقد شرعه الله

مرتين . ولا يفهم العرب من كلمه مرتين ونحوها إلا الحصول متعاقبا دفعة بعد دفعة ولذلك لم يفهم أحد من قوله ﷺ . من سبح الله دبر كل صلاة ثلاثا وثلاثين الخ وقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم الآية وإيمان القسامة . والاقرار بالزنى إلا الحصول المتعاقب المتكرر بقدر العدد المطلوب ولم يذهب ذاهب إلى أن المسكف إذا أتى بها دفعة واحدة مصحوبة بكلمة العدد المطلوب يكون بمثابة . وكما عرف ذلك في الاقوال عرف أيضا في الأفعال قال تعالى (سنعذبهم مرتين) . وقال ﷺ . لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين . وقد روى عن ابن عباس أنه جعل كلمة طلقت ثلاثا بمثابة قرأت الفاتحة ثلاثا فان كان صادقا بالطلاق صحيح وإلا فهو لغو من القول . فانشأ الطلاق ثلاثا بالقول ليس في قدرة الرجل إيقاعه مرة واحدة وذلك لأن الأمور العملية لا تتكرر بتكرر القول المعبر عنها بل ولا تتكرر القولية باتصال العدد بها فان من يفسخ العقد مرة ويعبر عنه بقوله ثلاثا يكون كاذبا فالقرآن لم يشر إلى الطلاق الساتن بلفظ الثلاث بل والالابات غير المكمل للثلاث وهذا قدر لا يكاد يختلف فيه أحد وإنما اختلفوا بسبب اختلاف المروى وقد سبق منه ما احتج به الجمهور على وقوع الثلاث دفعة واحدة .

أما السنة فمنها ما رواه ابن عباس عن ركانة أنه طلق امرأته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فساله النبي ﷺ كيف طلقها فقال ثلاثا في مجلس واحد فقال له إنما تلك واحدة فارتجعها أخرجه الامام أحمد في مسنده وأخرجه أيضا أبو يعلى وصححه .

ومنها ما رواه طاوس عن ابن عباس كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر بن الخطاب واحدة . فقال عمر بن الخطاب أن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأضاء عليهم رواه أحمد ومسلم وفي رواية عن طاوس أن أبا الصهباء قال لابن عباس هات من هنالك ألم يكن طلاق الثلاث على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر واحدة قال قد كان ذلك فلما كان في عهد عمر تابع الناس في الطلاق فأجازاه عليهم رواه مسلم .

وأما المعقول فقالوا : إن جمع الثلاث بدعة محرمة والبدعة مردودة بالنص فيجب أن يرد إلى المشروع قال ابن اسحق خالف السنة فيرد إلى السنة وأيضا فان

الحكمة المقصودة للشارع من تفريق الثلاث وهى التدارك عند الندم لا تتحقق بالإيقاع جملة وما كان مفوتاً لحكمة الشارع يجب إلغاؤه وذلك بالرد إلى الواحد تحقيقاً للحكمة وتصحيحاً لانشائه بقدر الامكان .

* * *

واستدل القائلون بأنه لا يقع شيء لاواحدة ولا أكثر بأنه طلاق بدعى محرم وكل بدعى مردود بنص الحديث المتقدم .

واستدل المفضلون بن المدخول بها وغيرها بما جاء فى حديث ابن عباس من رواية أبى داود . أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدر من أمارة عمر قال ابن عباس بلى . كان الرجل إذا طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وصدر من أمارة عمر فلما رأى الناس قد تتابعوا فيه قال أجيزوهن عليهم . وقالوا ان المطلق لما قال طالق بانتهى الزوجة لا إلى عدة فصادفها قوله ثلاثاً وهى أجنبية فلا يقع به شيء زائد كما لو قال طالق وطالق وطالق .

* * *

ويتجه على من قالوا بالتفصيل ان غاية ما فى رواية أبى داود التنصيص على غير المدخول بها وهو لا ينافى الرواية الأخرى المطلقة لأن التقييد فى هذه جاء طبقاً لما وقع فى السؤال فلا يدل على انتفاء الحكم فى غيرها ، وأما قولهم أنها تبين بكلمة طالق لا إلى عدة الخ فيتجه عليه أن الكلام متصل غير منفصل فلا يصح جعله كالتين بحيث تعطى كل كلمة حكماً ولهذا قالوا لو ماتت المرأة بعد قوله طالق قبل النطق بالعدد لا يقع شيء . لأن الكل كلام واحد فى الحكم فلا يصح ما ذكره من القياس

ويتجه على الذين لم يوقعوا به شيئاً ما سبق الكلام على وقوع البدعى من حيث الوقت على أن رد البدعة يتحقق بإيقاع واحدة .

وقد ناقش الجمهور أدلة القائلين بالوقوع واحدة فقالوا : أن غاية ما تدل عليه الآية أن الطلاق الذى يكون الرجل فيه أحق برد زوجته ما كان مرتين فإن طلقها

اثلاثة فليس أحق بها وهذا لا يقتضى أن الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لا يقع أصلا أو يقع واحدة وإنما يؤخذ ذلك من السنة وفيما رويناه دلالة واضحة على اعتبار الثلاث ووقوعها بكلمة واحدة .

أما حديث ابن عباس فقالوا فيه أن طريق الامام أحد فيها محمد بن اسحق والكلام فيه معروف والذي رجحه أبو داود في تطبيق مكانه أنه طلقها البتة ومعنى الارتجاع فيها تجديد العقد عليها عند من يراها بائنه .

وأما حديث ابن عباس فقالوا فيه أولا انفرد به مسلم وترك البخارى قال البيهقي وأظن أن البخارى تركه لمخالفته سائر الروايات عن ابن عباس وساق الروايات القاضية بوقوع الثلاث عن ابن عباس التي ذكرناها وقال ابن المنذر لا جائز أن يظن بابن عباس أنه يحفظ عن رسول الله شيئا ثم يفتى بخلافه وثانيا : قال الشافعى يشبه أن يكون ابن عباس علم شيئا نسخ وقال الكمال (وأما أعضاء عمر الثلاث عليهم فلا يمكن مع عدم مخالفة الصحابة مع علمهم بأنها كانت واحدة إلا وقد اطلعوا في الزمان المتأخر على وجود ناسخ) وثالثا أن الحديث ليس فيه أن الرسول ﷺ هو الذى كان يجعل الثلاث واحدة ولا أنه علم بذلك وأقر عليه والحجة إنما هي قوله أو فعله أو إقراره ولم يثبت واحد منها ورابعا أنه مؤول وسلكوا في التأويل وجوها منها أنه محمول على صورة تكرير لفظ الطلاق لأن الناس كانوا على عهد رسول الله ﷺ وعهد أبي بكر على صدقهم وسلامة طوية لم يظهر فيهم خب ولا خداع فكانوا يصدقون في إرادة التأكيد وعدم إرادة الثلاث فلما رأى عمر في زمانه أمور اظهرت وأحوالا تغيرت منع حمل اللفظ في التكرار وألزمهم الثلاث لظهور دلائل قصد إيقاع الثلاث منهم ومنها أن معناه أن الناس كانوا يوقعون الطلاق واحدة في الزمن السابق ثم اعتادوا إيقاع الثلاث في زمن عمر فهو إخبار عن الواقع لا عن المشروع .

وقالوا ان الأحاديث في هذا الباب مختلفة وإذا اختلفت علينا الأحاديث رجعنا إلى ما عليه أصحاب الرسول ﷺ فانهم أعلم بمنته وهذا عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وعثمان وابن عباس وغيرهم من كبار الصحابة قد أمضوا الثلاث جملة ولا يمكن أن يظن بهم تغيير المشروع وجعل الحلال حراما فنحن في هذه المسألة تبع

لأصحاب رسول الله ﷺ ويبعد أن تكون الثلاث واحدة ويخفى ذلك عليهم ويعلمه من بعدهم .

وقالوا في المقول أن الحظر لا ينافى وقوع المحذور فأنا رأينا أشياء قد حرمها الله ولم يمنع ذلك من ترتب أثرها عليها إذا وقعت كالظهار فإنه منكر من القول وزور وهو محرم بلا شك وقد ترتب أثره عليه وكذلك الرجعة ضرراً والقذف والردة وطلاق الهازل فسلكتها محرمة ومع ذلك ترتب عليها أحكامها . وقد تقدم في طلاق الحائض تنمة القول في ذلك .

هذا وقد رفع إواء الرد على الجمهور ومناقشتهم شمس الدين بن القيم الجوزي في كتابيه زاد الميعاد وأعلام الموقعين ، وقال أنا نتحاكم في هذه المسألة وغيرها إلى من أقسم الله سبحانه وتعالى أصدق قسم وأبره أنا لا نؤمن حتى نحكمه فيما شجر بيننا ثم نرضى بحكمه ولا يلحقنا فيه حرج ونسلم له تسليماً لا إلى غيره كائننا من كان اللهم إلا أن تجمع أمته أجماعاً متيقناً لاشك فيه على حكم فهو الحق الذي لا يجوز خلافه وبأي الله أن تجمع أمته على خلاف سنة ثابتة عنه أبداً ، واليك خلاصة ما ناقشهم به .

أولاً — إن الآيات المطلقة محمولة على التقييد للدلالة الثابتة التي تمنع وقوع الثلاث بكلمة واحدة ، ولو لم يكن سوى آية الطلاق مرتان — على ما سبق في بيان دلالتها — لسكان كافياً في التقييد . على أن هذه الآيات لم تعرض إلا للأحكام التي ترتب على وقوع الطلاق أما أن الطلاق يقع بماذا وعلى أي وصف فلم تعرض له الآيات .

ثانياً — أن حديث العجلاني أبعد عن الدلالة على الوقوع وقد سبق توجيه ذلك للطلاق البدعي .

ثالثاً — أن حديثي فاطمة بنت قيس وابن عمر ليس فيهما حجة لأنه لم يذكر فيهما أن الثلاث كانت جملة بل المفهوم لغة وعرفاً من كلمة طلق الرجل ثلاثاً التفريق على أن الصحيح في حديث فاطمة أن زوجها أرسل إليها بتطبيقه كانت بقيت لها من طلاقها وفي رواية أنه طلقها آخر ثلاث تطليقات .

رابعاً — أن في رواية حديث عبادة ضعيفاً (يحيى بن العلاء) عن هالك (عبيد الله بن الوليد) عن مجهول (أبراهيم بن عبيد الله) وأية حجة تكون في رواية ضعيف

عن مالك عن مجهول على أن ولد عبادة بن الصامت لم يدرك الاسلام فكيف نجده .
خامسا — ان حديث ركانة قال فيه الترمذى سألت عنه البخارى فقال فيه اضطراب
وفي إسناده الزبير بن سعيده الهاشمي وقد ضعفه غير واحد وقيل وتروك ، وهو مع
اضطرابه وضعفه معارض بما هو اصح اسنادا واوضح متنا وهو حديث ابن عباس .
سادسا — إن قول ابن عمر لو كنت طلقتها ثلاثا لخرج زيادة جاءت في رواية شعيب
ابن زريق ، ولو صححت فسيذلها ما سبق في حديث فاطمة بنت قيس .

سابعا — إنه يلزم من غضبه ﷺ ، الوارد في حديث محمود بن لبيد الحكم بالوقوع
بل كان الغضب لما في ذلك من ارتكاب الحق ومحاولة الايقاع دفعة واحدة يدل
عليه قوله أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم .

ثامنا — في حديث ابن عباس (أركب أحدكم الخوقة) أنه ليس في كلام
السائل ما يدل على أنه طلق الثلاث دفعة واحدة ، وإنكار ابن عباس بقوله ذلك
يحتمل احتمالا قويا أنه لكثرة التطلق مع عدم الحاجة فان الطلاق كما سبق محذور
مستوجب للعصيان إلا الحاجة مبررة ، وشغفه بالرجوع اليها بعد الثالثة دليل على
عدم الحاجة وأن تطليقه كان بمحض الحق ، على أن هذا الحديث ومثله من فتوى
الأصحاب في الوقوع بالثلاث دفعة واحدة جاز كونه بعد إماء عمر ذلك على وجه
العقوبة والتأديب ، ومع هذا فلم يخل عصر من العصور عن أفق وقوع الثلاث
واحدة كما سبق وبذلك تسقط دعوى الاجماع .

هذه حجج المختلفين ومناقشاتهم ، والناظر في هذا المقام يرى أمرين بارزين لم
يחדش الجمهور دلائلهم ، آية الطلاق مرتان وحديث ابن عباس . فان الجمهور أنفسهم
يسلمون صحته ويزعمون أن إجماع الصحابة على رأى عمر لا يكون إلا بتقدير ظهور
ناسخ لم يكن لهم به علم من قبل أو فهمهم ان الحكم كان معلولا بمعنى زال في عهد
عمر ، ودعوى النسخ لا تقبل بالعرض والاحتمال ، ودعوى ان الحكم معلول بعلّة
قد زالت تمهد القول بمثل ذلك في جميع الاحكام حتى ما لم ينط منها بوصف يكون
مدارا للحكم ، وفي هذا انحلال الشريعة .

والملك بالنظر إلى ما ذكرنا وبالموازنة بين القول بلزوم الثلاث والخروج من
مأزقه بلعبة التحليل التي هي في الواقع وصمة منكروه ، وبين القول بوقوعه واحدة وعدم

الالتجاء إلى التحايل المزرى تدرك أنه يترتب على القول بوقوع "ثلاث أمور كلها منكرة في نظر الشرع والدين .

تحريم ما أحل الله ، وانحلال الأسرة وضياع الأولاد ، وارتكاب فظيعة التحليل الممقوته .

وأنه لا يترتب على القول بالوقوع واحدة إلا لإباحة رجوعها إلى زوجها بدون أن تنكح زوجا غيره مع ما في ذلك من حفظ كيان الأسرة ولم شمل الأولاد ، والرقاية من الوقوع في محرم التحليل

ولأنك لو قطعت النظر عن كل ما ورد في المسألة من نصوص واستقبلتها استقبالا منظورا فيه إلى الآثار المترتبة على كل من الفرضين يتبين لك واضحا أن القول بوقوعها واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعها ثلاثا والقاعدة المحكمة في مثل هذا عند جميع العلماء وكما تقتضيه الشريعة أن يرتكب أخف الضررين وأقلهما فساداً .

الطلاق بالاعسار

اتفق العلماء على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها واتفقوا أيضا على أنه إذا أعسر بالنفقة ورضيت المرأة بالمقام معه لا تطليق ولا فسخ مادامت راضية . واختلفوا فيما إذا أعسر ولم ترض المرأة بالمقام معه ، من أجل ذلك على أقوال .

فذهب جمهور العلماء إلى أن للزوجة حق طلب التفريق وإن للقاضي أن يفرق بينهما — على اختلاف في نوع هذه الفرقة — طلاق أم فسخ — وفي وقت التفريق أيعجل أم يؤجل أياما أو شهرا أو سنة — وحكى أصل هذا المذهب عن علي وعمر وأبي هريرة وغيرهم وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد في ظاهر الرواية عنه .

وذهب إلى عدم التفريق ططاء والزهرى وابن شبرمة وهو مذهب الحنفية والثوري وآخرين قالوا : يلزم المرأة الصبر وتتفرق نفقتها بذمته وترفع يده عنها لتكتسب .

وذهب أبو محمد بن حزم إلى أنه إذا أعسر الرجل ببعض نفقة زوجته قضى عليه بما قدر ولو أعسر بالكل لم يقض عليه بشيء فإن أيسر بعد ذلك قضى عليه من حين يوسر ولا يقضى عليه بشيء مما أنفقته على نفسها مدة عسره . ثم إنه لا يحل للزوجة

أن تمنع نفسها من زوجها لمنعه التفقة عنها بعذر أو بغير عذر . إنما لها أن تنصف من ماله إن وجدته بمقدار حقها بل ذهب إلى أن الزوجة إذا كانت موسرة يجب عليها أن تنفق على زوجها إذا كان معسراً .

وذهب ابن القيم إلى أنه إذا كانت قد تزوجته وهي عالة بأعساره أو كان حال الزوج موسراً ثم أعسر لامتلك طلب الفرقة في الحالتين أما إذا كان قد غرها عند الزواج بأنه موسر ثم تبين لها إعساره فإنه يكون لها حق الفسخ .

الأدلة

استدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : « فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » وقوله تعالى : « ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وجه الدلالة في الآية الأولى أن الله أمرنا بالامسك بالمعروف وهو لا يتأتى مع الاعسار فيجب المصير إلى التسريح بالاحسان وذلك بالتفريق . وجه الدلالة في الثانية أن الآية نهت عن الامسك ضرارا والمعسر إذا أمسك زوجته كان مضارا معتديا والعترة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب . فعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق وأما السنة فنحن ما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ قال : خير الصدقة ما كان منها عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وأبدأ بمن تقول فقيل من أعول يارسول الله قال امرأتك بمن تقول تقول أطعمنى وإلا فارقتى جاريتك تقول أطعمنى واستعملنى ولذلك يقول إلى من تركنى رواه أحمد والدارقطنى بإسناد صحيح وأخرجه الشيخان في الصحيحين وأحمد من طريق آخر وجعل الزيادة المفسرة فيه من قول أبي هريرة وجه الدلالة فيه أنه جعل للمرأة طلب الفراق عند الامتناع عن الإنفاق .

ومنها ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته (يفرق بينهما) رواه الدارقطنى وروى سعيد بن منصور في سننه عن سفيان عن أبي الزناد قال سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما قال نعم قال سنة ؟ قال سنة وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ فغايته أن يكون من مراسيل سعيد وهي حجة اتفاقا .

وأما المعقول فمن وجوه أولا القياس على الجب والعنة قالوا إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء والضرر فيه أقل لأنه فقد لذة يقوم البدن بدونها فلان يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى وأيضا إن منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا ثبت جواز الفسخ عند عدم المنفعة المشتركة فثبوته عند عدم المختصة بها وهي النفقة أولى .

وثانيا - القياس على الرقيق فانه يباع إذا أعسر المالك بنفقته .

واستدل الحنفية ومن وافقهم بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فينفق بما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه) وقوله تعالى (لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه) قالوا وإذا أعسر الرجل فلم يجد سبيبا يمكنه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآيتين ، فان الله لم يكلفه النفقة في هذه الحالة وترك ما لا يجب لا إثم فيه . فلا يكون سبيبا للتفريق بينه وبين زوجته واستدلوا أيضا بقوله تعالى (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) قالوا غاية النفقة أن تكون دينيا في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالانظار بالنص . وأما السنة فمما روى مسلم في صحيحه من حديث أبي الزبير عن جابر قال : دخل أبو بكر وعمر رضي الله عنهما على رسول الله ﷺ فوجداه جالسا حوله نساءه واجما ساكنا فقال أبو بكر يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقممت إليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله ﷺ وقال هن حولي كما ترى يسألني النفقة . فقام أبو بكر رضي الله عنه إلى عائشة يحيا عنقها وقام عمر رضي الله عنه إلى حفصة يحيا عنقها كلاهما يقول : تسألن رسول الله ﷺ . ليس عنده . فقلن والله لا نسأل رسول الله ﷺ شيئا أبدا ليس عنده ثم اعتزلهن رسول الله ﷺ شهرا وذكر الحديث قالوا فهذا أبو بكر وعمر رضي الله عنهما يضربان ابنتهما بحضرة الرسول ﷺ لما سألتاه نفقة لا يجدها . ومن المحال أن يضربا طالبتين للحق ويقرهما الرسول ﷺ على ذلك فدل على أنه لاحق لهما في طلب النفقة حال الاعسار وإذا كان طلب النفقة في هذه باطلا فكيف يمكن المرأة من فسخ النكاح بعدم . ليس لها طلب ولا يحمل لها .

واستدلوا أيضا بأن الصحابة كان فيهم المعسر والموسر . وكان معسرهم أضعاف
أضعاف موسريهم فما مكن النبي ﷺ امرأة قط من الفسخ باعسار زوجها ولا
اعلمها أن الفسخ حق لها ولو كان من المستقر في الشرع أن المرأة تملك الفسخ باعسار
زوجها لرفع إليه ذلك ولو من امرأة واحدة فانهم قد رفعن إليه شكائهن فيما هو
دون وذلك أندر ومنه كما في حديث امرأة رفاعة وقد علمت ما كان من نساء النبي
صلى الله عليه وسلم — وهن خير النساء من مطالبته بالانفاقات واغضابه الخ .

أما المعقول فمن وجوه أولا أن المقرر شرعا أن ارتكاب أهون الشرين وأخف
الضررين إذا لم يكن مفاص من ارتكاب أحدهما واجب ولا شك أن في الزام الفرقة
والفسخ إبطال حق الزوج بالسكينة وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تأخير
حقها وتأخير الحق أهون شأنا من الإبطال فوجب المصير إليه عملا بذلك الأصل
المقرر شرعا .

وأیضا فان إبقاء النكاح مع الإعسار فوت المال الذي هو من التوابع
وفي الفسخ بسببه فوت التنازل والسكن الذي هو المقصود وفوت التابع لا يلحق
بفوت المقصود .

وقالوا : المال غاد ورائح وقد جعل الله عقدة النكاح ميثاقا غليظا فكيف يصح
أن يوهن من شأنها بجعلها مرتبطة بقاء وزوال بالغنى والفقر وهما مطيتان للعباد
يفتقر الرجل حينئذ ويستغنى حينئذ فلو كان كل من افتقر فسخ نكاحه لعم البلاء وتفاقم
الشر وفسخت أنسكة أكثر العالم وكان الفراق يبدأ أكثر النساء فمن ذا الذي لم
تصبه عسرة وتعوزه النفقة أحيانا فائبات حق الفسخ بالإعسار خروج بهذه الصلة
المتينة صلة السكن والمودة والرحمة عن وضعها وانحطاطها إلى درك الشهرة المادية
وقد شرعها الله صلة روحية وهذا يجعلها صلة تجارية لا وفاء فيها ولا مروءة وإذا
كان مرض الزوج مرضا يتعذر معه الاستمتاع لا يفي الرجل من النفقة ولا يثبت
له حق الفسخ فكيف يجوز أن يعاقب الزوج بالفراق على ما لم يجن يدها ومن
ذا الذي يستسيغ أن تضاعف الآلام على المتألم .

استدل ابن حزم على أنه ليس على المعسر نفقة زوجته لاحالا ولا مالا بقوله
تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها) وقوله تعالى (لا يكلف الله نفساً إلا

ما أتاها) قال فصح يقينا أن ما ليس في وسعه ولا أتاها الله لم يكفه إياه وما لم يكفه إياه فهو غير واجب عليه . وكل ما لم يجب عليه لا يجوز أن يقضى به عليه أبداً أيسر أم أعسر .

واستدل على أن الزوجة الموسرة يجب عليها الإنفاق على زوجها المعسر بقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) فالزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن .

وقال ابن القيم إن ما ذهب إليه من التفصيل.. هو الذي تقضى به أصول الشريعة وقواعدها .

قيل لابن حزم إن الآيات التي توجب على الزوج النفقة لم تفرق بين إعسار وإيسار . وليس لإيجابها على المعسر على أن يكون الأداء في حالة اليسر تكليف ما ليس في الوسع حتى تتناول الآيتان والإعسار لا يمنع من تعلق الدين بذمة المدين ابتداء ولا بقاء بل يوجب الإعسار الانظار إلى الميسرة . وكذلك النفقة ولا يتمتع من وجوبها إلا إعسار .

وأما التمسك بآية البقرة في إيجاب النفقة على الزوجة الموسرة فلا وجه له . لأن الآية ليس فيها تعرض لغير نفقة الوالدات فإن الله يقول وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهذا ضمير الزوجات بلامراء ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك فجعل سبحانه على وارث المولود له أو وارث الولد من رزق الوالدات كسوتهن بالمعروف مثل ما على المولود له فأين في الآية نفقة على غير الزوجات حتى يجعل عمومها على ما ذهب إليه .

وقيل للجمهور في الآيتين إنه ليس فيهما دلالة على محل النزاع لأن المضارة والعدوان ما يكون للشخص فيهما فعل واختيار وليس الإعسار منافيا للامساك بمعروف وليس مجرد الامساك معه مضارة ولا عدوانا لأنه لا يد له فيه فالمقصود من الآيتين إحسان العشرة فيما يدخل تحت قدرة العبد واختياره وسبب النزول يعين على فهم الآية فانهم في الجاهلية كانوا يطلقون حتى إذا قاربت عدتها أن تقضى

أَمْسَكُوها ضاررا . وحقاً ان العبرة بمعوم اللفظ لكن العموم لما يتناول اللفظ ويدل عليه وهو ما كان مثل السبب .

وقيل لهم في الحديث الاول إن الصحيح أن قوله (تقول امرأتك أطعني وإلا فارقتي) ليس من كلام الرسول صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام أبي هريرة إذ صرح بأنه من كيسه ففى البخارى بعد أن ساق الحديث قالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبي هريرة على أنه ليس في الحديث دلالة على المطلوب لأنه يقرر حق الزوجة في النفقة لمن يجدها ويحكي ما تنطق به حال المرأة تجدد زوجها ينفق المال ويمنعها حقها . قال السكمان : ثم ليس في قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالاطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر والموسر ولا خلاف أن الموسر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على أحد الأمرين عينا وهو الإنفاق فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطى كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا مثل وأشهدوا إذا تبايعتم يعنى ينبغى أن تبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلك النفقة لغيرهم كما ذكرنا اه .

وأما حديثه الثانى فقد أعله أبو حاتم وقال ابن القيم فيه أنه حديث منكر لا يحتمل أن يكون عن النبي ﷺ أصلاً وأحسن أحواله أن يكون عن أبي هريرة رضى الله عنه موقوفاً يدل على ذلك أن أبا هريرة لم يستجز أن ينسب إلى الرسول ﷺ (أطعنى وإلا طلقنى) ويقول هذا من كيس أبي هريرة فلو أن التفريق ثابت عنه ﷺ مسموع لآى هريرة لم يكن هذا من كيسه وأما فتوى سعيد بن المسيب وقوله بعد ذلك أن الحكم سنة فلا يدل على أنه سنته ﷺ فقد ثبت أن كثيراً من الفتاوى التى أطلقوا عليها سنة لم تكن مسندة إليه ﷺ بل كانت قولاً لبعض الصحابة المشهورين بالعلم والفتوى . وراهم بذلك أن الحكم بهذه الصورة سنة المتقدمين وطريقتهم مثال ذلك حديث دية الأصابع قال الطحاوى لم يكن ذلك إلا عن زيد ابن ثابت فيكون قول سعيد سنة اعتماداً على ما رواه أبو هريرة موقوفاً عليه هذا بعد تسليم صحته وإلا فقد روى عن سعيد كما ذكر ابن حزم وابن عبد البر عدم التفريق بالأعسار فاضطرب المروى عنه فطل الاحتجاج به .

وقيل لهم في القياس على الجب والعنة : قياس مع الفارق لأن حق المسيس لا يصير ديناً عليه بخلاف النفقة فانها تكون ديناً عليه ولأن الجب والعنة وبأليها عيوب لا يرجى زوالها بخلاف الاعسار ولأن المال في النكاح تابع والاستمتاع والتناسل مقصود أصالة .

أما القياس على المملوك فقياس مع الفارق . لأنه حين يجبر على بيعه يفوت ملكه الى بدل وهو الثمن . فاذا عجز كان النظار للطرفين في الزام بيعه اذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصوله بدله القائم مقامه للسيد بخلاف الزام الفرقة لأنه ابطال حقه بلا بدل وهو لا يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت أم ولد لم يمتقها القاضي عليه .

وقيل للحنفية في الآيتين أنه لا يلزم من عدم تكليف المعسر بالإنفاق عدم جواز الفراق فان التفريق ليس الا لدفع الضرر عن المرأة وتخليصها من حباله حتى تكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر .

وقيل لهم في الحديث الأول أن زجرهما عن المطالبة بما ليس عنده لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الاعسار ولم يروا أنهن طلبنه ولم يجبن اليه كيف وقد خيرهن رسول الله ﷺ بعد ذلك فاخترنه وليس حل النزاع جواز مطالبة المعسر بما ليس عنده وعدمه بل محله هل يجوز الفسخ عند تعذر الإنفاق أم لا وأيضا فان أزواج النبي ﷺ لم يعدن من النفقة بالكلية لأن النبي ﷺ قد استعاذ من الفقر المدقع ولعل ذلك فيما زاد على ما به قوام البدن بما يعتاد الناس النزاع في مثله وهذا هو الجواب عن الاحتجاج بما كان عليه الصحابة من ضيق .

ولعلك بموازنة هذه الأدلة ترى أن أعدل المذاهب وأقربها إلى روح التشريع العام خصوصا في باب الزواج هو مذهب ابن القيم ويليه مذهب الحنفية لأن الواجب تنبيه الزوجات إلى خلق الوفاء والمعاونة في الضراء وقد كفل الله للزوجين التقى وحبهما في الزوجية وبقائها بقوله (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم) وقد علمت أن مذهب الحنفية رفع يده عنها في تلك الحالة لتكتسب فلا يتوقف اكتسابها بالطرق المشروعة على تطليقها وحل عقد الزواج السامية .

قد ظلت محاكنا الشرعية تعمل في هذا الباب بمقتضى مذهب أبي حنيفة حتى

صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد جاء . في المادة الرابعة منه مانصه .
إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه
بالنفقة في ماله فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنه معسر أو موسر ولكن أصر
على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى في الحال وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه
حالا وإن أثبتته أمهله مدة لاتزيد عن شهر فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك . .
ولا يزال العمل بهذا جاريا في المحاكم إلى يومنا هذا والله يوفق رجال الإصلاح
إلى ما فيه حفظ الخلق والكرامة .

الطلاق بالضرر أو الغيبة أو العيب

لا شك أن التطليق للغيبة أو العيب لم يكن إلا لتضرر أحد الزوجين لكن لما
جرى الخلاف في كل منهما على نحو خاص أفرد بالبحث وصار المراد من الضرر
ما لم يكن بسبب الغيبة ولا العيب وهو وإن كثرت أفراده ينحصر في نوعين إيجابي
وسلبى أما الإيجابي فهو ما يصدر عن الزوج من قول أو فعل يوجب تأذى الزوجة
وتضررها ويحدث الشقاق بينهما وأما السلبى فهو هجرها ومنعها ما تدعو إليه
الناحية الجنسية واليك ما جاء في الموضعين .

وصى الشارع الرجال بالنساء خيرا وأمر بالإحسان اليهن (وعاشروهن
بالمعروف) (فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان) وأم يجعل الله للزوج على
زوجته سيلا ما دامت له مطيعة الا أن يخشى . منها نشوزا فعند ذلك خوله سلطة
التأديب في حدود ما أمر الله (واللاقى تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن
في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سيلا إن الله كان عليا كبيرا) .

فإن تجاوز الحد المشروع وآذاها بلا سبب فهل لها أن تطلب التفريق اختاف
العلماء في ذلك — فذهب أبو حنيفة والشافعى وأحمد إلى أنه ليس لها هذا الحق بل
يزجره الحاكم ويمنعه من ظلمها ولو بالحيلولة بينهما حتى يرجع عن ظلمه .

وذهب المالكية إلى أنه يثبت لها الخيار بين الإقامة معه — ويتولى الحاكم
زجره عن التعدى — وبين طلب التفريق فإن لم يطلق طاق عليه القاضى قالوا ومن

الضرر ضربها ضرباً مؤلماً وسبها وسب ايها . وهجرها بلا موجب شرعى وقطع كلامه معها وتحويل وجهه عنها . والأصل الذى يرجع اليه فى تقدير الضرر هو العرف والبيئة التى يعيش فيها الزوجان .

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بأن العصمة ملك الرجل ، وإيقاع الطلاق خالص حقه فلا يملك الحاكم إيقاعه بغير رضاه فى غير المواضع المنصوص عليها .
والعدوان لا يقتضى التفريق لأن رفع الظلم ممكن من طريق الحاكم واستدل المالكية بقوله تعالى : فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان . وقوله ﷺ لا ضرر ولا ضرار . وبالقياص على العيوب التى يثبت بها الخيار .

* * *

هذا وقد أجمع العلماء على أنه إذا دب الخلاف بين الزوجين واستحكم الشقاق بينهما بعث القاضى حكيمين كما نصت الآية (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكيمان أهله وحكما من أهلها) . ولكنهم اختلفوا فى مدى سلطة الحكيمين هل هى مستمدة من القاضى فيكونان حاكمين فيما كان التطلاق أو من الزوجين فيكونان وكيلين ولا يملكان التطايق إلا برضا من بيده الطلاق . إلى الأول ذهب المالكية . وإلى الثانى ذهب الأئمة الثلاثة . ومن أراد هذه الخلافية فليرجع إليها فى كتب الأئمة .
وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب الامام مالك رحمه الله راجع المواد ٦ - ١١ منه .

* * *

إذا لم يستطع الزوج أن يؤدى وظيفته الجنسية فهو عنين وسيأتى الكلام عليه فى التفريق بالغييب . وإذا حلف على عدم القربان فهو مول وأحكامه مبينة فى باب الإيلاء من كتب الفقه . أما إذا لم يقر بها بلا عذر فهل يفرق بينهما من أجل ذلك .

اختلف الأئمة فيه .

فذهب الحنفية والشافعية إلى أنه لا يفرق بينهما وهو قول للمالكية وظاهر
م ٧ - مقارنة المذاهب

قول الخنابلة كما قال ابن قدامة وذهب المالكية إلى أنه يطلق عليه إن قصد الاضرار بعد أن يضرب له أجل الإيلاء . ومنهم من يرى التفريق حالاً بلا ضرب أجل وآخرون منهم يرون التفريق إن تضررت الزوجة وإن لم يقصد الزوج الاضرار وذهب الخنابلة في قول آخر إلى للتفريق بتركه قربانها أربعة أشهر ولو لم يقصد ضرراً . وفي قول إلى قصد الاضرار فرق وإلا فلا . وفي قول بفرق ان ترك عجزاً ويعامل معاملة العنين وإن كان هناك عذر لم يتحقق معه العجز عنه لا يفرق . احتج من قال بعد التفريق . بأن الإيلاء استوجب التفريق لاشتتاله على أمرين البين وترك الوطء فلو كان مجرد الترك كافياً في اقتضاء التفريق لم يكن للإيلاء أثر مع أنه لا خلاف في اعتباره .

واستدل من ذهب إلى التفريق . بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار وبأن الوطء حقها وقد فوته عليها فيفسخ قياساً على النفقة قالوا وقد فات الإمسك بالمعروف فينبو القاضى منابه في التسريح بإحسان . وقد كتب عمر رضى الله عنه لقوم بخراسان تركوا نساءهم بالمدينة إما أن يقدموا أو يرحلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا .

ولعل من يشترط قصد الاضرار يرى أن التطليق جبراً عليه عقوبة له والعقوبة لا تكون إلا عن قصد الجنابة . ولا يقال إن التفريق في الإيلاء منوط بالترك مع البين وإن لم يقصد ضرراً لأن البين قرينة على قصد الاضرار فيعامل بمقتضاها .

وإذا نظرت إلى الحكمة التي لأجلها شرع الزواج وهى صيانة الأعراض وسد باب الشر والفساد علمت أن المذهب القائل بالتفريق عند تعذر المقام بالإحسان قصد الزوج الاضرار أو لم يقصد بما يتفق ومقاصد الشريعة في هذا الباب عملاً بقواعد درء المفاسد وإزالة الضرر .

الطلاق للغميمة

الكلام هنا في غائب موصوف غير مفقود . أما حكم المفقود فسيأتى :
وأما التفريق الاحصاء فقد تقدم . والكلام هنا في هذه المسألة فرع الكلام في ترك القربان .

فالحنفية والشافعية على أنه لا يطلق على الزوج لغيبته وإن طالت أو جهلت .
وذهب المالكية إلى أنه يطلق عليه ان طالت غيبته . وقدر ذلك بسنة في
قول وبثلاث سنين في آخر قالوا وإذا كانت تبلغه المسكينة أعذر في ذلك وإلا أطلق
عليه بلا أعمار . ومنهم من يطلق على الغائب وإن كان معذوراً نظراً لحصول
الضرر وإن لم يقصد الاضرار كسجين وأسير وذهب الحنابلة إلى أنه إذا كانت
الغيبه لعذر لم يفرق والافرق .

وقد جرى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على التطلاق للغيبة والحبس فقد
جاء فيه .

مادة ١٢ - - إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر جاز لزوجته أن تطلب الى
القاضى تطليقها باثنا إذا تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع
الإنفاق منه .

مادة ١٣ - - إن أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب القاضى أجلا وأعذر
اليه بأن يطلقها عليه إن لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها أو يطلقها .

فاذا انقضى الأجل ولم يفعل ولم يبد عذراً مقبولا فرق القاضى بينهما
تطبيقاً باثنة . وإن لم يمكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها عليه بلا اعمار
وضرب أجل .

مادة ١٤ - - لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائياً بعقوبة مقيدة للحرية ثلاث
سنين فأكثر أن تطلب الى القاضى بعد مضي سنة من حبسه التطلاق عليه باثنا للضرر
ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

الطلاق بالعيب

اتفق العلماء على أنه إذا علم أحد الزوجين بصاحبه عيباً قبل العقد أو علم به
بعد العقد ووجد منه مايدل على رضاه به صراحة أو دلالة لا يثبت له حق طلب
الفسخ بذلك العيب أيا كان .

واتفقوا أيضاً على أن العيب في الجملة يثبت به خيار الفرقة واختلّفوا بعد
ذلك في العيوب التي يثبت بها حق التفريق وفي أن هذا الحق يثبت لكل من الزوجين

أو للزوجة فقط . وفي ثبوت هذا الحق لمن به عيب مماثل لما بالآخر أو مخالف .
وفي العيب الطارىء بعد العقد هل يثبت به التفريق أم لا . واليك البيان :

ذهب الاخفاف إلى أن الزوجة لا ترد بالعيوب أيا كانت ولا يرد الزوج بعيب
الا الجب والعنة القديمين عند أبي حنيفة وأبي يوسف وزاد محمد الجنون والبرص
والجذام فأثبت للزوجة بهذه العيوب الخمسة حق طلب التفريق .

وذهب الشافعية والمالكية إلى أن الخيار يثبت لكل من الزوجين بعيب
مشتركة بينهما وهي الجنون والجذام والبرص ويثبت للزوج حق الفسخ إذا وجد
امرأته رتقاء ويثبت لها حق الفسخ ان وجدته مجبوبا أو عينا .

ولهم في أحد الزوجين يجد صاحبه خنثى قولان .

وقالوا إذا حدث العيب بعد العقد يثبت به الخيار ان كان بالزوج وإن كان
بالزوجة فقولان .

وفيمن به عيب مماثل لما بالآخر وجهان .

وذهب الخنابلة إلى أن العيوب المجوزة للفسخ ثمانية ثلاثة يشترك فيها الزوجان
الجنون والجذام والبرص واثنان محتصان بالرجل وهما الجب والعنة وثلاثة تختص
بالمرأة وهي الفتق والقرن والفعل . وزاد بعضهم عيوباً مثل الباسور والناسور
وعدم استمسك البول والنجو ، والخصاء والبخر .

وقالوا إذا كان في أحد الزوجين عيب ليس من جنس العيب الذى لصاحبه
كالابرص يجد المرأة مجنونة فكل واحد منهما بالخيار ، وإن كان من جنسه فوجهان
أحدهما يثبت الخيار والثاني لا يثبت وهو قول المالكية .

ويحتاج الفسخ في كل ما ذكر الى حكم الحاكم .

ورجح ابن القيم أن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية في البيع وهو قول
لبعض الشافعية وقال داود وابن حزم لا يفسخ النكاح بعيب البتة قال ابن القيم والقول
بأن المرأة ترد بكل عيب ترد به الجارية في البيع هو القياس أو قول ابن حزم ومن
وافقه وأما الاقتصار على عيين أو ستة أو سبعة أو ثمانية دون ما هو أولى منها
أو مساو لها فلا وجه له . فالعوى والحرس والطرش وكونها مقطوعة اليدين أو

الرجلين أو أحدهما أو كون الرجل كذلك من أعظم المنفرات والسكوت عنه من أقبح التدليس والغش . وهو مناف للدين والاطلاق إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرت أنك عقيم قال لا قال أخبرها أنك عقيم وخيرها . فإذا يقول رضى الله عنه في العيوب التي هذا عندها كمال بلا نقص . والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار وهو أولى من البيع كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالخيار من شروط البيع وما ألزم الله ورسوله مغرورا قط ولا مغبونا بقبول غرر وغبن . ومن تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد الشريعة اهـ .

والخلاصة : أن الحنفية لا يثبتون حق الفسخ للزوج بعيب في الزوجة ويجعلون حق الفسخ بيد الزوجة ان وجدت زوجها مجبوا أو غنيا وزاد محمد الجنون والجذام والبرص .

وأن الأئمة الثلاثة يجعلون الفسخ حقا لكل من الزوجين إلا أن بعضهم يزيد في العيوب التي تثبت الفسخ وبعضهم ينقص .
وأن ابن القيم يرى الفسخ بكل عيب لا يحصل معه مقصود النكاح من السكن والمودة والرحمة .

* * *

استدل الأئمة الثلاثة بالنص في البعض والقياس في البعض الآخر .
أما النص فما روى أن النبي ﷺ قال للتي رأى يكشعها بياضا ألحقى بأهلك ، فصار البرص منصوبا عليه فيلحق به الجذام والجنون . بجامع أن كلا ينفر منه الطبع . وقد قال النبي ﷺ : فر من المجذوم . وهو نص في اعتبار الجذام سببا للفرار . وهو بالفسخ .

وقالوا بقياس النكاح على البيع . عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح وقاسوا هذه العيوب على الجب والعنة . بجامع لما منع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما .

وفي الموطأ عن عمر رضي الله عنه أنه قال : أيما امرأة غرِبها رجل بها جنون أو جذام أو برص فلها المهر بما أصاب منها وصداق الرجل على من غره .

وروى ابن سيرين أن عمر بعث رجلا على بعض السعاية فتزوج امرأة وكان عقيما . فقال له عمر : اعلتها إنك عقيم قال لا قال فأنطلق فأعلها ثم خيرها وأجل بجنونا سنة فإن أفاق والافرق بينه وبين امرأته .

وروى عن عمر لا ترد النساء إلا من العيوب الأربعة . الجنون والجذام والبرص والداء في الفرج .

وروى عن شريح أن جاء رجلا فقال إن أناسا قالوا لي نزوجك أحسن الناس فجاءني بامرأة عمياء فقال إن كان دلس عليك بعيب لم يحز .

وابن القيم يرى أن التصحيح على بعض العيوب من باب التنبيه بالمثل ولا يقصد الاقتصار على ما ذكر .

واستدل الحنفية على أنه لا خيار للزوج بعيب في المرأة بأن فوات الاستيفاء بالموت لا يوجب الفسخ حتى لا يسقط شيء من المهر فأولى إذا لم يفوت بل اختل ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بحياتهما .

وقالوا إن الاستيفاء من ثمرات العقد وفوات الثمرة لا يؤثر في العقد والمستحق هو التمكن حاصل مع هذه العيوب .

والفرار في حديث المجذوم كما يتحقق بالفسخ يتحقق بالطلاق فليحمل عليه لأنه الأصل وقول النبي ﷺ التي تزوجها : ألحقى بأهلك طلاق لأنه من كسناياته ولا حجة في قول أحد غير النبي ﷺ ويحمل ما روى عن عمر على أن هذا عذر يبيح لها أن تسأل زوجها الطلاق .

والزوج إن تضرر بهذه العيوب فهو متمكن من دفع الضرر عنه بالطلاق واستدل محمد بقياس الثلاثة على الجب والعنة .

ونوقش من قاس على الجب والعنة وغيرهما . بأنه قياس مع الفارق . لأن الجب والعنة يفوت بهما المقصود من النكاح وهو التوالد وليس سائر العيوب بهذه المثابة للتمكن معها من المقصود .

ونوقش القياس على البيع بأنه كذلك قياس مع الفارق لأن البيع مما تجرى فيه المشاحة والمقصود فيه المالية والعيب مفوت لها أما النكاح فالمقصود فيه الاستمتاع والتوليد وهما لا يفوتان بالعيب . وان كانت بعض العيوب تحدث نفرة طبيعية وهذا لا يوجب بجمرده الفسخ اتفاقا كما في البحر .

هذا والنظر في المسألة يجد أن خلاف العلماء في موضعين .

الاول هل الزوج الخيار الثاني في عدد العيوب التي يثبت للزوجة بها حق طلب الفسخ أما الاولى فالمتجه فيه رأى من لا يجعل للزوج حق الفسخ لأنه بسيل من الفراق مما جعله الله في يده من الطلاق .

أما الثاني فان من لا يفرق بين عيب وآخر عول على أن المقصود من النكاح ليس هو خصوص التوالد بل ما يشمله ويشمل غيره من المساكنة والمودة والمؤانسة فكل ما يخل بشيء من هذا المقصود فهو مفوت للمساكنة بالاحسان ومبيح لطلب الفسخ دفعاً للضرر وعول من قصر العيب على الجلب والعنة على أن المقصود من النكاح التوالد فلم يثبت حق الخيار إلا بهما لأنها هما اللذان يفوتانه .

وبمقارنته هاتين الوجهتين وتتبع نصوص الشريعة في المقصود من الزواج تعلم أن ليس المقصود هو خصوص التوالد وإلا لما أباح الله زواج العقيم والآيسة .

تعليق الطلاق على شرط

التعليق خلاف التجيز . وعرفوه بقولهم : ربط حصول مضمون جملة (وهى التى تسمى جزاء) بحصول مضمون جملة أخرى (وهى التى تسمى شرط) .

(وتعليق الطلاق على شرط) جعل صيغة الطلاق جزءاً ، وفعله أو فعلها أو غيرها شرطاً . ويقع ذلك على وجوه كثيرة تنزع بحسبها الأحكام وفقاً وخلافاً .

فان التعليق قد يكون حال قيام الزوجية وقد يكون حين عدمها . كأن تزوجتك فأنت طالق ، وفي الحالة الاولى قد يكون تعليقا على ما لا سبيل الى العلم به (كأنك طالق إن شاء الله) وقد يكون تعليقا على مشيئته هو أو مشيئتها هى . وقد يكون تعليقا على كائن لا محالة . وقد يكون تعليقا على فعله هو أو فعلها

أو فعل غيرهما وفي هذا الأخير إما أن يكون القصد منه ما يقصد من القسم من الحمل على الفعل أو المنع منه أو تأكيد الخبر (ويسمى التعليق القسمي) أو يكون القصد منه إلى إيقاع الطلاق عند حصول الشرط (ويسمى التعليق الشرطي) .

والكلام في مباحث هذه الأقسام وتفصيل أحكامها في المذاهب طويل الذيل متشعب النواحي والأطراف يخرج بنا استقصاؤه من القصد فلنقتصر بحثنا في هذا الموضوع على مسألتين الأولى تعليق الطلاق على النكاح . الثانية حكم التعليق في الملك من حيث اعتباره مطلقا أو إلغاؤه مطلقا أو اعتباره في حال دون حال .

تعليق الطلاق على الملك

أجمع العلماء على أنه إذا نجز الطلاق في الأجنبية كان لغوا وأما التعليق نحو أن يقول إن تزوجت فلانة فهي طالق فاختلفوا فيه على ثلاثة أقوال فذهب الشافعي وأحمد وداود وجماعة أنه لا يقع مطلقا وعم المطلق أو خصص . وذهب أبو حنيفة وأصحابه والزيدي بالله في أحد قوايه وجماعة إلى صحة التعليق ووقوع الطلاق عند حصول الشرط مطلقا . وذهب مالك في المشهور عنه وربيعة والثوري والليث والأوزاعي وابن أبي ليلى إلى التفصيل وهو أنه إن جاء بمحاصر مثل أن يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو بلد كذا فهي طالق صح التعليق ووقع الطلاق عند الزواج وإن عم لم يصح .

الأدلة

استدل الشافعي ومن معه أولا . بما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله ﷺ لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك . رواه أحمد والترمذي وقال حديث حسن . وثانيا بما رواه مسور بن مخرمة أن النبي ﷺ قال لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك : رواه ابن ماجه .

وثالثا : بأن عليه السلام سئل عن رجل . قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا . قال طلق ما لا يملك . وما روى عن أبي ثعلبة الخشني قال قال عمي لى أعمل لى عملا حتى أزوجهك ابنتي فقلت إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم بدالى أن أتزوجها

عَاتَيْتَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ لِي تَزَوِّجُهَا فَانْهَ لَهَا طَلَاقٌ إِلَّا بَعْدَ النِّكَاحِ قَالَ فَتَزَوَّجْتُهَا
فَوُلِدَتْ لِي سَعْدًا وَسَعِيدًا . وَبَلَغَ ابْنُ عَبَّاسٍ أَنَّ ابْنَ جَرِيرٍ يَقُولُ إِنْ طَلَّقَ مَا لَمْ يَنْكَحْ
فَهُوَ جَائِزٌ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ أَخْطَأَ فِي هَذَا فَإِنَّ اللَّهَ يَقُولُ نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ
وَلَمْ يَقُلْ إِذَا طَلَقْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ نَكَحْتُمُوهُنَّ .

وَأَمَّا الْمَعْقُولُ فَهُوَ التَّعْلِيقُ طَلَاقٌ وَالطَّلَاقُ حُلٌّ لِلْقَيْدِ وَابْطَالُ الْمَلِكِ . وَلَا قَيْدَ
وَلَا مَلِكَ فِي الْأَجْنِبِيَّةِ حَتَّى يَصِحَّ حُلُّهُ وَابْطَالُهُ فَكَانَ لِقَوَا . أَمَّا أَنْ التَّعْلِيقُ طَلَاقٌ
فَلَأَنَّ الطَّلَاقَ عِنْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ يَقَعُ بِهِ إِذَا لَمْ يَوْجَدْ كَلَامٌ آخَرُ سِوَاهُ فَلَوْ لَمْ يَكُنِ
التَّعْلِيقُ تَطْلِيقًا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ عِنْدَ الشَّرْطِ فَانْهَ لَا تَطْلِيقَ بِالْحَقِيقَةِ عِنْدَ الشَّرْطِ وَبَقَاءُ
الْكَلَامِ السَّابِقِ إِلَى وَقْتِ الشَّرْطِ مُحَالٌ لِأَنَّهُ عَرَضٌ سَيَالٌ لَا بَقَاءَ لَهُ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنَّهُ
تَطْلِيقٌ لَمْ يَسْتَتِجِ حُكْمُهُ لِلْمَانِعِ وَهُوَ عَدَمُ الشَّرْطِ .

وِثَانِيَا : أَنَّ النِّكَاحَ مَشْرُوعٌ لِاثْبَاتِ الْمَلِكِ وَالطَّلَاقُ لِابْطَالِهِ فَلَوْ صَحَّ تَعْلِيقُهُ
بِالنِّكَاحِ لَكَانَ ابْطَالًا لِمَقْتَضَى النِّكَاحِ وَتَغْيِيرًا لِلْمَشْرُوعِ حَيْثُ جَعَلَ مَا هُوَ سَبَبُ
الْوَصْلَةِ سَبَبًا لِلْفَرْقَةِ .

وِثَالْتَا : أَنَّ هَذَا التَّعْلِيقَ لِإِنْشَاءِ تَصَرُّفٍ فِي مَحَلٍّ فِي حَالٍ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ فَيُلْغَوُ
كَتَعْلِيقِ الصَّبِيِّ وَتَعْلِيقِ الْبَالِغِ طَلَاقِ الْأَجْنِبِيَّةِ بِغَيْرِ الْمَلِكِ .
وَاسْتَدَلَّ الْحَنْفِيَّةُ أَوَّلًا بِالْإِجْمَاعِ عَلَى صِحَّةِ تَعْلِيقِ الظَّاهِرِ بِالْمَلِكِ وَالطَّلَاقِ مِثْلَهُ لِأَنَّهُ
لَا قَائِلَ بِالْفَصْلِ بَيْنَهُمَا .

فَقَدْ جَاءَ فِي الْمَوْطَأِ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ سَلِيمٍ الرُّزْقِيَّ سَأَلَ الْقَاسِمَ بْنَ مُحَمَّدٍ عَنْ رَجُلٍ
طَلَّقَ امْرَأَتَهُ إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا فَقَالَ الْقَاسِمُ أَنَّ رَجُلًا جَعَلَ امْرَأَتَهُ عَلَيْهِ كَطَهْرٍ أَمَهُ إِنْ
هُوَ تَزَوَّجَهَا فَأَمَرَ عُمَرَ إِنْ هُوَ تَزَوَّجَهَا أَلَّا يَقْرِبَهَا حَتَّى يَكْفَرَ كَفَارَةَ الْمَظَاهِرِ فَقَدْ
صَرَحَ عُمَرُ بِصِحَّةِ تَعْلِيقِ الظَّاهِرِ بِالْمَلِكِ وَلَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ فَكَانَ لِإِجْمَاعِهِ .

وِثَانِيَا : بِالْآثَارِ فَقَدْ أَخْرَجَ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْ سَالِمٍ وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعُمَرَ بْنَ
عَبْدِ الْعَزِيزِ وَالشَّعْبِيِّ وَالتَّخَمِيِّ وَالزَّهْرِيِّ وَالْأَسْوَدَ وَأَبِي بَكْرٍ بْنَ عُمَرَ وَابْنَ حَزْمٍ وَأَبِي
بَكْرٍ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَعَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمَكْحُولَ الشَّامِيَّ فِي رَجُلٍ قَالَ إِنْ
تَزَوَّجْتُ فَلَا نَفْسِي طَالِقٌ أَوْ يَوْمَ تَزَوَّجْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ كُلِّ امْرَأَةٍ تَزَوَّجْتُهَا فَهِيَ طَالِقٌ . قَالُوا

هو كما قال : وفي لفظ يجوز ذلك عليه وهو لاء أئمة الفقه وأعلامه .

وثالثا : أنه تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم كالعتق والوكالة والابراء فانه لو قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر عتق ما تلد مع عدم قيام ملك الولد قبل الولادة ومن هنا يظهر أن تعليق الطلاق ليس طلاقا ولا تعليق العتق عتقا حتى يشترط له ليس سبق الملك بل التعليق تصرف هو يمين يقصد به أولا وبالذوات البراعنى منع نفسه من تزوجها فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال .

لان الوقوع عند الشرط والمالك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع فلا يشترط لصحته إلا أهلية الخائف للالتزام وهو أهل . وبذلك ظاهر أنه تصرف صادر من أهله في محله ولا مانع فيصح ولا ينافو . ويؤيد أن التعليق ليس طلاقا أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه وكذا الشرع فانه لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعا .

أما المالكية فقد استدلوا على ما ذهبوا إليه من التفصيل بالاستحسان . وبناء الحكم على المصلحة قالوا إذا عمم فأوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا إلى النكاح الحلال فكان ذلك عتقا وحرجا فكأنه نذر المعصية وقد عرف من الشرع إذا ضاق الأمر اتسع . أما إذا خص فهو بسبيل من زواج غير من خصه بالتعليق فلا موجب لالغاء كلامه .

قيل للشافعية في استدلالهم بالاحاديث . أنها كلها ضعيفة لا سيما الحديثان الاخيران فانه لا شك في ضعفهما فقد قال صاحب تنقيح التحقيق أنهما باطلان ففي الاول أبو خالد الواسطي وهو وضاع وقال أحمد وابن معين كذاب . وفي الاخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره . وقد ضعف أحمد وابن العربي جميع الاحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ولذلك لم يعمل بها مالك وربيعة والأوزاعي . واثبت سلبنا صحة ما عدا الاخيرين فانه محمول على نفي التنجيز لانه هو الطلاق أما المعلق فليس طلاقا بل له عرضية أن يصير طلاقا عند الشرط . ولا يمنع من حمله على التنجيز أن نفي التنجيز قبل الملك لا يحتاج إلى بيان إذ هو ظاهر يعرفه كل أحد إنما صار ظاهرا بعد اشتها حاكم الشرع فيه لا قبله فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل الزوج تنجيذا ويعدون ذلك طلاقا إذا

وجد النكاح فنفي ذلك صلى الله عليه وسلم على في الشرع بهذه الاحاديث وغيرها .
والحمل على التنجيز مأثور عن السلف ، فقد روى عبد الرازق في مصنفه عن
معمر عن الزهري ، أنه قال إنما ذلك أن يقول الرجال امرأة فلان طالق وعبد
فلان حر .

وقيل لهم في المعقول لانسلم أن التعليق طلاق فإن التعليق يمنع السبب من
الانعقاد ولا نغني بالطلاق لفظه إذ لا شك في صدوره منه إنما المراد به ما جعله
الشارع سبباً لثبوت أحكامه من العدة وغيرها وليس هو كذلك في الحال وإنما
هو التزام بمعين يقصد بها أولاً البر إلا أنه لما كان الحنث أحد الجائزين وبتقدير
كلامه سبباً وهو يستدعي المحالية . وقيام ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال
ظهور قيام ملكه عند الانعقاد وقد رأينا الشرع صححه مكثفياً بالظهور فيما إذا
قال للمتكوكة إن دخلت الدار فأنت طالق فان قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب
فتصححه إياه مع تيقن الملك في محل النزاع أولى وأحرى . والفرق جلي بين البيع
بشرط الخيار وبين تعليق الطلاق .

وأما قولهم إن النكاح شرع لانتظام المصالح فلا يملك جعله سبباً لانقطاعها
فمنعوض بالعتيق حيث صح تعليقه بالملك مع كونه مبطلاً له وضد مقتضاه .
ولا يقال العتق مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب أما الطلاق
فمحظور شرع للحاجة عند تباين الاخلاق . لا يقال ذلك لأن الحاجة التي شرع الطلاق
عندها كما تتحقق بعد قبل الدخول تتحقق بعده فقد تدعوه نفسه إلى تزوج من يعلم
فساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لجاحها وغلبتها عليه فيقطع طاعتها ويؤيسها
بتعليق طلاقها بنكاحها فطاماً لها عن مراقع الضرر فجاز أن يشرع كما شرع تعليقه
بمخرجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه .

وأما قولهم إن التعليق لإنشاء تصرف في محل لا ولاية له عليه فيغلو
كتعليق الصبي وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك فنوع . والقياس مع الفارق
لأننا قد بينا أن التعليق ليس لإنشاء طلاق وإنما هو التزام يمين فيصح من أهل اليمين
ومن هنا لم يصح من الصبي لعدم أهليته لعدم الملك . وأما الاجنبي فلم يصح تعليقه
لأنه لم يضاف إلى الملك والشرع إنما صححه التعليق في المتكوكة لظهور قيام الملك

باستصحاب الحال فرأينا أن التعليق بالملك أخرى بالصحة لتيقن قيامه أما التعليق من الأجنبي فلم يظهر معه الملك ولم يتيقن فيكون لغواً . وتوضيحه أن الشارع صحح التعليق في المنكوحه لوجود معنى اليمين فيه أما الأجنبية فكيف يصح وهو لا يمكن جعله إيقاعاً لعدم الحمل ولا يميناً لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملاً على البر لإخافته لأنه لم يصدر مخيفاً لعدم ظهور الجزاء عند الفعل وذلك لعدم ظهور ثبوت المحلية عند الشروط .

الموضوع الثاني حكم التعليق

اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا عاق الطلاق في الملك تعليقاً مستوفياً شرائطه (على خلاف فيها) كان تعليقه معتبراً سواء أكان التعليق قسمياً أم شرطياً وإلى ذلك ذهب عامة أهل العلم .

وذهب أبو محمد بن حزم بن يحيى بن عبد العزيز من أصحاب الشافعي إلى أن التعليق لا يصح بل كله لغو .

وذهب ابن تيمية إلى أن التعليق إذا كان قسمياً يقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه فإن الطلاق لا يقع ويجزئه فيه كفارة يمين إن حث وإن كان التعليق شرطياً يقصد به حصول الجزاء عند حصول الشرط فإن الطلاق يقع . وتابعه على هذا التفصيل تلميذه ابن القيم إلا أنه لا يرى على الحالف كفارة ولا غيرها في التعليق القسماً .

الأدلة

احتج الأئمة الأربعة بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب : فأولا إطلاق الآيات الدالة على مشروعية الطلاق كقوله (الطلاق مرتان) فهي لم تفرق بين منجز ومعلق والمطلق حجة مالم يقدم دليل صحيح على تقييده وذلك مالم يعرف . وثانياً قوله تعالى : (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) فإن العقود بعمومها شاملة لكل الالتزامات والتعليق التزام كما بينا . أما السنة فقرله ﷺ المسلمون عند شروطهم .

وفي صحيح البخاري عن نافع قال طلق رجل امرأته البتة إن خرجت فقال ابن عمر ان خرجت فقد بانت منه وإن لم تخرج فليس بشيء .

وروى الثوري عن ابن مسعود في رجل قال لامرأته إن فعلت كذا وكذا فهي طالق ففعلته قال هي واحدة وهو أحق بها .

وما روى أن أبا ذر قال لامرأته لما ألحت عليه في السؤال عن ليلة القدر إن عدت فساألتيني فأنت طالق .

وروى البيهقي وغيره عن ابن عباس في رجل قال لامرأته هي طالق إلى سنة قال يستمتع بها إلى سنة .

أما المعقول . فقالوا : إن الملك موجود في الحال فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عنسد وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين .
وثانيا : قياس تعليق الطلاق القسمي على تعليق الطلاق على مال والثاني صحيح اتفاقا .

وثالثا : القياس على المدانية إلى أجل والعق إلى أجل .

أما القائلون بأن التعليق كله لغو يميننا كان أو غير يمين فقد استدلوا بما يأتي :
روى ابن حزم وابن القيم عن علي وشريح وطاووس أنهم كانوا يقولون الخلف بالطلاق ليس بشيء وأنه لا يعرف أعلى كرم الله وجهه مخالف .

وقالوا لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك وقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها وفي غير المدخول بها وليس هذا فيما علمنا الله : (من يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) .

وقالوا كل طلاق لا يقع حين إيقاعه ، من المحال أن يقع بعد ذلك في حين لم يوقعه فيه .

وقالوا : لا يمين إلا ما سماه الله يميننا وقد جعل الله الإيمان كفارة عند الخنث وقد أجمعتم على أن اليمين بالطلاق لا كفارة فيه عند الخنث فدل ذلك يقينا على أنه ليس شيء من ذلك يميننا .

وقالوا بقياس الطلاق على النكاح والنكاح لا يصح تعليقه فكذا الطلاق
 واستدل القائلون بالتفصيل بما يأتي :

أولا روى من طرق متعددة أن عائشة وحفصة وأم سلمة وابن عباس أفتوا
 ليلي بنت العجماء بأن تكفر عن يمينها حينما قالت كل مملوك لها محرر وكل مال لها
 هدى وهى يهودية وهى نصرانية إن لم يطلق مولاها أو رافع امرأته أو يفرق
 بينه وبينها فإذا صح هنا عن الصحابة ولم يعلم لهم مخالف في الحلف بالعق ولم
 يلزموها به فالأولى بزمه بالطلاق البغيض أخرى وأولى قال ابن القيم صح عن علي
 وشريح وطاووس أنهم كانوا لا يقضون بالحديث على من حلف بالطلاق ولا يعرف
 لعل في ذلك مخالف من الصحابة .

واستدلوا أيضا بما رواه البخارى من قول ابن عباس رضى الله عنه : الطلاق
 عن وطر والعق ما ابتغى به وجه الله . قالوا إنه بين بذلك أن الطلاق إنما يقع عن
 غرضه إبقاءه لا بمن يكره وقوعه كالحالف المكره .

واستدلوا أيضا بأن اليمين بالطلاق إن كانت يميناً شرعية كانت داخلة في
 أحكام الآيات والأحاديث الشريفة الواردة في الايمان ووجب أن تعطى أحكام
 الايمان وإن لم تكن يميناً شرعية كانت لغوا .

قيل لابن حازم ومن وافقه . تمسككم بما روى عن علي لا يصح إلا إذا لم
 يكن له مخالف من الصحابة وفيما رويناه من الآثار الصحيحة عنهم ما ينفي ذلك
 ومع ذلك فالمراد عن علي كرم الله وجهه ولا يعرف غيره أن رجلاً تزوج
 امرأة وأراد سفراً فآخذه أهل امرأته فجعلها طالقاً إن لم يبعث نفقتها إلى شهر
 فجهل الأجل ولم يبعث بشيء فلما قدم خاصموه إلى علي فقال اضطهدتموه حتى جعلها
 طالقاً فردها عليه . وهذا صريح في أن علة الرد هى الاضطهاد فاعتبره مكرها
 فلا حجة في هذا . أما ما روى عن شريح فهو أنه خوصم إليه في رجل طلق امرأته
 إن أحدث في الإسلام حدثاً فاكترى بغلاً إلى حمام أعين فتعدى به إلى أصهبان
 فباعه واشترى بثمنه خيراً فقال شريح ان شئتم شئتم عليه بأنه طلقها فجعلوا
 يردونه عليه القصة ويردد عليهم فلم يره حدثاً والرواية صريحة في أنه لم يزل المعلق
 عليه واقعاً . وأما طائفة فقد روى عنه ابنه أنه كان يقول الحالف بالطلاق ليس

شيئا قلت أكان يراه يمينا قال أدرى فهذا ابنه لم يعرف رأيه مع أن قوله ليس شيئا يحتمل أنه ليس شيئا مستقيما في السنة بمعنى لا ينبغي أن يحصل .

وقولهم لم يأت قرآن ولا سنة بوقوع الطلاق بذلك بمنزوع بل أعلننا الله وقوعه كما تدل على ذلك الاطلاقات وقد فهم أصحاب رسول الله ﷺ ذلك من فعله معهم وأفنى بصحته من أفنى وهم أفهم الكلام الله وأحرص على التزام حدوده وكذلك فهمه التابعون ومن بعدهم فإن لم يكن إجماعا فليس ببعيد منه .

وأما قولهم من المحال أن يقع الطلاق في حين لم يوقعه فيه فغاطلة لأن المعلق ليس موقعا للطلاق حين التلفظ وإنما أتى به على وجه يقع به عند تحقق الشرط .

وأما قياسهم الطلاق على النكاح فقياس مع الفارق لأن تعليق النكاح مناقض للعقد ومناف للمقصود منه أما الطلاق فإنه لا ينافيه .

وقيل لابن تيمية في أثر ليلي بذت العجاء أن الآثار المروية عن الصحابة في الاعتماد بالتعليق أقوى من هذا لأن رواتهما من رجال الصحيح ويلي قد علقت (بأن) وهي تقتضي أن الحنث (عند عدم نية حد معين) إنما يكون عند اليأس من وقوع الشرط وذلك لا يتحقق إلا بموت أحد الزوجين وما دام حيين لا يتحقق شيء من ذلك . وإذا لم تحث فبأى شيء تعب الكفارة فتكون الفتيا بذلك مخالفة لما وقع عليه الإجماع أن الكفارة لا تجب إلا بالحنث على أن الأثر صريح في أنه تعليق نذر بما لا يراد حصوله فلا يكون المنذور مرادا فتجرى فيه الكفارة وهذا مذهب الشافعي وأحمد والمحققين من الحنفية . وهذا شيء وتعليق الطلاق شيء آخر فإن النذر ورد فيه أن كفارته كفارة اليمين ولم يجيء مثل ذلك فيما لا يصح نذره كالطلاق .

وقيل لهم في التمسك بأثر على وشريح وطاوس ما سمعت .

وقيل لهم فيما رواه البخاري عن ابن عباس ، لم يقل أحدهما أهل اللغة والشرع إن معنى الوطر ما ذكرتم بل العمدة في تفسيره أن معناه لا ينبغي للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز .

أما قولهم الحلف بالطلاق إن كان يمينا فحكمه حكم الإيمان الشرعية وإلا كان

لغوا فيقال فيه أن اليمين إذا أطاقت في لسان الشرع لا يفهم منها إلا اليمين بالله هذا هو المعروف دون غيره في عصر الرسول فكل ما جاء في القرآن أو السنة من لفظ اليمين لا يحمل إلا على هذا المعنى لأنه هو الذي يعرفه المخاطبون حينذاك ويلحق بها التذرع لحديث مسلم وهذا لا يمنع حدوث اصطلاح بعد ذلك عرف يقضى باطلاق لفظ اليمين على الحلف بالله وعلى التعليق .

هذا وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بما ذهب اليه ابن تيمية وتلبذه ابن القيم فنصت المادة الثانية منه على أنه لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحل على فعل شيء أو تركه لا غير .

نفقة المبتوتة

اتفق الفقهاء على أن المعتدة من طلاق رجعي لها النفقة والسكنى وكذلك الحامل البائن . واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على مذاهب فذهب الحنفية إلى أن لها السكنى والنفقة معا وهو مذهب عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز والثوري وآخرين . وذهب أحمد إلى أنه لا نفقة لها ولا سكنى وهو قول داود وأبي ثور وجماعة . وذهب مالك والشافعي إلى أن لها السكنى ولا نفقة لها . وذهب جماعة إلى أنها تستحق النفقة دون السكنى وحكى ذلك رواية عن أحمد .

الأدلة

استدل أصحاب المذهب الأخير على استحقاتها للنفقة بقوله تعالى : (والمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين) وبقوله : (ولا تضاروهن) قالوا : ان المتاع بعمومه يشمل النفقة وقد جعله الله حقا ثانيا للمطلقات على أزواجهن بداعية التقوى ودفع الضرر والانداء كما أرشد اليه النهي عن المضارة .

واستدلوا أيضا بأن نفقة الزوجة إنما وجبت لاحتباس الزوجة بسبب الزوج وهو متحقق في المبتوتة لأن العدة وجبت عليها صيانة لولده فقد احتسبت لمعنى يرجع اليه فتجب نفقتها عليه .

ولأنما لم تجب السكنى عند هؤلاء لأن قوله تعالى : (أسكنوهن من حيث سكنتم)
لأنما أوجب سكنى المطلقة حيث يسكن الزوج وذلك لا يكون في المبتوتة .

واستدل مالك والشافعي بأن قوله تعالى : (أسكنوهن من حيث سكنتم) عام
وهو يوجب السكنى لكل مطلقة رجعية كانت أم بائدة وهو مقتضى كونهما
في العدة ومحتبسة لحق الزوج . ولأنما سقط وجوب النفقة بما رواه مالك في الموطأ
من حديث فاطمة بنت قيس وفيه : فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك
عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم . ولم يذكر فيه إسقاط
السكنى فبقيت الآية على عمومها . قالوا : ولأنما أمرها صلى الله عليه وسلم
باعتذارها في بيت ابن أم مكتوم لأنها كانت بذينة اللسان على أحمائها كما جاء ذلك
في بعض الروايات .

وبما يجدر أن نبادر به هنا أن التفرقة بين النفقة والسكنى كما يرى أصحاب
هذين المذهبين تفرقة بين أمرين لم يعهد في الشرع أن فرق بينهما وهي فوق هذا
لا ينهض لها داليل ولا يستبين لها وجه وإن من السهل منع أن آية السكنى خاصة
بالرجعيات كما زعم القائلون بعدم وجوب السكنى للمبتوتة ، وكذلك من السهل
كما سيأتي إثبات أن حديث فاطمة لم يقتصر فيه على نفى النفقة ولأنما نفيت فيه
السكنى أيضا . ولهذا قال ابن القيم : (لو وجبت لها السكنى لوجبت لها النفقة
أيضا كما يقوله من يوجبها . فأما أن يجب لها السكنى دون النفقة فالنص والقياس
يدفعانه) . وقال ابن رشد : (إن الأولى في المسألة إما أن يقال لها الأمر أن
جميعا مصيراً إل ظاهر الكتاب والمعروف من السنة ، وإما أن يخص هذا العموم
بحديث فاطمة بنت قيس وأما التفريق بين إيجاب النفقة والسكنى فمسير ووجه
عسره ضعيف دليله) .

وسنقتصر لهذا بعد إيراد أدلة المذهبين الأولين على مناقشتها والموازنة
بينهما لا غير .

• • •

استدل أحمد ومن معه على عدم وجوبها بما رواه الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن

عليه السلام في المطلقة ثلاثا ، قال : ليس لها سكنى ولا نفقة . رواه أحمد ومسلم ، وفي رواية للجماعة الا البخارى . قال : طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى رسول الله سكنى ولا نفقة . قالوا : ان قصة فاطمة بنت قيس ثابتة من عدة روايات ، وقد جعلها العلماء أصلا لكثير من الاحكام ولا يعلم أحد من الفقهاء الا وقد احتج بها في ناحية . احتج به من قال بجواز جمع الثلاث لان بعض ألفاظه فطلقنى ثلاثا ، واحتج به من يرى جواز نظر المرأة الى الرجال لان فيه أن الرسول عليه السلام أمرها بالعدة عند ابن أم مكتوم وقال لها أنه رجل أعمى تضعين ثيابك عنده ، واحتج به الجميع على جواز خطبة الرجل على خطبة أخيه اذا لم تكن المرأة قد سكنت الى الخاطب الاول لانه قد جاء فيه أنها قالت للرسول عليه السلام أن معاوية بن أبى سفيان وأباجهم خطباني فقال لها : أما أبو جهم فلا يضع عطاء عن عاتقه أما معارية فصعلوك ولا مال له . أنكحى أسامة بن زيد فنكحته بعد التردد فجعل الله فيه خيرا واغبطت به اتجهوا به لذلك على جواز بيان ما فى الرجل من عيب اذا كان على وجه النصيحة لمن استشاره أن يتزوجه أو يعامله ، وان ذلك ليس بغيبة . واحتجوا به على جواز نكاح القرشية من غير القرشى ، وعلى وقوع الطلاق فى حال غيبة أحد الزوجين عن الآخر وإنه لا يشترط حضوره ومواجهته به وعلى جواز التعريض بخطبة المعتدة البائن . فهذه الاحكام كلها أخذتها الامة من قصة فاطمة بنت قيس ودل ذلك على أن الامة قد تلتقتها بالقبول وجعلتها أصلا لهذه الاحكام وهى صريحة فى نفى وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة ولا مجال للطنن فيها .

ثم قالوا بعد ذلك : وإن ما تدل عليه هذه القصة هو بعينه ما يدل عليه كتاب الله فى قوله (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وتلك حدود الله ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوى عدل منكم وأقيموا الشهادة لله الآيات) أمراه الأزواج الذين لهم عند بلوغ الاجل حق الإمساك أم المفارقة بأن لا يخرجوا أزواجهم من بيوتهم وأمر الزوجات أن لا يخرجن وهذا أحد الاحكام التى أمراه بها فى هذه الآية . وواضح أن كل تلك الاحكام خاصة

بالرجعيات فيختص كذلك عدم الاخراج والخروج بالرجعيات ويرشد اليه قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فان الأمر الذي يرجى احداثه . هو المراجعة كما ذهب اليه السلف ومن بعدهم . وقد فهمت ذلك فاطمة نفسها حينما بلغها إنكار الناس عليها . قالت : بيني وبينهم كتاب الله . قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن ثم قال (لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) فأى أمر يحدث بعد الثلاث ؟

وقد أمر بعد هذه الآيات باسكان هؤلاء المطلقات في قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقن عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملن) وبهذا اتضح أن المحدث عنه المطلقات الرجعيات وإن الأحكام كلها إنما هي للرجعيات المحدث عنهن ولا سبيل الى إقحام المبتوتة الابتكاريك الضمائر واختلافها مع مفسرها وهو لا يتحتمله بلاغة القرآن فالقرآن لم يعرض المبتوتة وقد تكفلت بالدلالة عليه قصة فاطمة بنت قيس وبها تم البيان وعرف حكم المطلقتين ثم قالوا : ولو سلمنا أن الآية عامة في المطلقات كلها لكان حديث فاطمة وهو صحيح صريح مخصصاً لعمومها بالرجعيات وهو طريق معروف عند تعارض العام والخاص وقد استدلوا من جهة النظر بأن المرأة إذ بانث من زوجها صارت أجنبية منه ولم يبق الا مجرد اعتدادها وهو لا يوجب لها نفقة كالمتوطرة بشبهة أو زنى ، وبأن النفقة ، إنما تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع بها وبأن النفقة لو وجبت لها لأجل عدتها منه لوجب للمتوفى عنها زوجها من ماله لأنها في عدته ولا فائز به .

* * *

هذه حجة أحد ومن معه . أما الحنفية فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمقول أما الكتاب فالآيات المتقدمة وبينوه بأن قوله (فطلقوهن لعدتهن) ينظم الرجعية والمبتوتة لأنه يتناول الطلقة الثالثة كما يتناول الأولى وعلى هذا العموم تحمل الضمائر والأحكام الآتية إلا ما قام دليل على تخصيصه بالرجعيات وذلك كما قوله (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وقوله (فاذا بلغن أجلن فأمسكوهن بمعروف أو فارقهن بمعروف) ونظير ذلك أن قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء) عام في البائن والرجعى وقوله بعد ذلك (ويعولتن أحق بردهن) خاص بالرجعيات ولم يكن خصوصه بهن مؤثراً على عموم ما قبله . وبهذا يبقى قوله بعد في آية المراضع

(أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم الخ) عام في المطلقات كلهن وذلك رجوع بالآية إلى ما بنيت عليه حيث لم يظهر مخصص فبقى شمولها للرجعية والبائنة . وقد وجبت السكنى لمعان هي بنفسها توجب النفقة ذلك لأن كلا من السكنى والنفقة حق مالى ولأن قوله تعالى (لاتضاروهن لتضييقوا عليهن) يتحقق في النفقة كما يتحقق في السكنى ولأن الاتفاق المأثور به لذات الحمل لم يكن الا لانها محبوسة على الرجل وفي بيته وإذا كانت النفقة واجبة بالآية للرجعية لهذا المعنى وجب أن تكون للمبتوتة لهذه العلة نفسها وكما تناوالت الآية النفقة للرجعية وهي حامل ولم تدل على عدم النفقة لغير الحامل فكذلك لا يكون تناولها للبائن الحامل مانعا لتناولها لغير الحامل لأن الشرط فيها ليس مفهوم مخالفة بل هو مفهوم موافقة وفائدته أن الحامل قد يتوهم أنه لا نفقة لها لطول مدة الحمل فأثبت لها النفقة ليعلم غيرها بطريق الأولى . يرشد اليه جعل الوضع غاية الاتفاق وهو المقصود بالشروط لا أصل الاتفاق .

أما السنة فمنها ما جاء في مسلم عن أبي اسحق قال كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس أن رسول الله ﷺ لم يجعل لها نفقة ولا سكنى ثم أخذ الاسود كفا من خصى فخصه به وقال ويلك تحدث بمثل هذا ؟ قال عمر رضى الله عنه لا تترك كتاب ربنا وسنة نبينا ﷺ لقول امرأة لا تدري أحفظت أم نسيت . لها السكنى والنفقة قال الله عز وجل (لاتخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) .

وقد دل ذلك على أن عمر فهم أن القرآن عام في المطلقات كما بيناه ، وأخبر أن سنة النبي ﷺ أن لها النفقة والسكنى .

وكما أنكر عمر على فاطمة بنت قيس أنكرت السيدة عائشة أيضا عليها وجاء في صحيح البخارى أنها قالت لها : ألا تنق الله تعنى في قولها لا سكنى لها ولا نفقة وأنكر عليها أسامة بن زيد حب رسول الله ﷺ وابن حبه وكذلك مروان وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والاسود بن يزيد وأبو سلمة بن عبد الرحمن . ومن كلام مروان (سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها) .

قالوا فهذا يكاد يكون إجماعا أو على تخطئة فاطمة وثانينا على أن السنة وما عليه الناس هو وجوب النفقة والسكنى للمبتوتة وهذا أقوى أنواع السنة .

أما المعقول فهو أن المعاني التي لاجلها تجب النفقة والسكنى للرجعية وللإبائن الحامل متحققة بذاتها في المبتوتة الحائل فوجب ثبوت الحكم لها .

* * *

وأنت إذا وازنت بين وجه كون الآية عامة أو خاصة تبين لك رجحان الحل على العموم كما أرادته الحنفية ، وكذلك إذا وازنت بين المنقول والمعقول فإن الفجيرة بالبينونة أشد أثراً على النفس من الرجمة وما احوج المرأة في البينونة إلى ما يخفف مصابها الذي انقطع أملها في تلافيه . وأن من يذكر قول الله تعالى (ولا تفسوا الفضل بينكم) لا يتردد لحظة في أن النفقة إذا وجدت للرجعية فوجوبها للمبتوتة أحق وألزم .

أما حديث فاطمة بنت قيس فقد وجهت إليه مطاعن تكفل ببيانها الكمال وعرض لها ليردها ابن القيم في زاد المعاد ، ونحن نرى أن كلا من الطرفين قد أسرف في التحامل على صاحبه والحق أن الآية وحدها كفيلة بالبيان وأنها عامة ، وأن قصة فاطمة صحيحة ، وأزحك أن النبي ﷺ بعدم النفقة والسكنى كان خاصاً بها وذلك لأن زوجها كان غائباً وليس له مال، حتى يقضى لها بالنفقة . وأما السكنى فقد جاء في روايات القصة عن عائشة أن عدم اسكانها مع أحماها كان لشدها عليهم وليس معنى هذا كما يرى ابن القيم الطعن في خلقها أو الخط من ديجة صحبتها ، ولم يكن إنكار عمر وغيره عليها لأنها امرأة لا تقبل روايتها أو طعننا في أصل القصة وإنما هو إنكار لفهمها أن الحكم الخاص بها اظروفها الخاصة عام في كل مبتوتة . هذا هو رأينا في المسألة وعليك أن تستوعب ما كتبه الكمال وابن القيم في هذا الموضوع فانهما فرسا رهانه والله يرشدك إلى الخير .

حكم المفقود

والمفقود هو من غاب وانقطع خبره فلم يعرف له موضع ولم يدر أحيى هو أم ميت .

وقد اختلف العلماء فيما فصنع بماله وما تصنعه زوجته . والممكن من وجوه النظر أن يعتبر حياً بالنظر لها فتبقى زوجته في عصمته وماله على ملكه حتى ينكشف

أمره وإن يعتبر ميتا في حقهما فيحكم بخروج زوجته من عصمته ويقسم ما بين ورثته . وأن يعتبر حيا بالنظر إلى المال دون الزوجة أو بالعكس .

فذهب الحنفية والشافعية إلى اعتباره حيا في الأمرين وقالوا هي زوجته والماله ماله حتى يتبين أمره وفي هذا محافظة على أمر ثبت بيقين .

وذهب الحنابلة إلى اعتباره ميتا فيهما على تفصيل يأتي بعد . وذلك عقب انتهاء مدة التربص المقدرة عندهم فتخرج زوجته من عصمته ويقسم ماله على ورثته ، وفي هذا نظر لحال المرأة ومراعاة لها يرفع الضرر والعنت عنها والمال جعل تابعا في ذلك .

وذهب المالكية إلى اعتباره ميتا في حق الزوجة فقط . أما المال فيبقى على حكم ملكيته . وفي هذا الاعتبار مراعاة لحق المرأة ولا ضرورة تدعو إليه في الأموال .

أما الاعتبار الرابع فهو . أولا — اعتبار لا تدعوا إليه ضرورة من دفع ضرر أو جلب مصلحة . ثانيا — أنه عكس ما تقضى به قضية الامساك بالمعروف في الزوجة ودفع الضرر عنها . وقد عهد العمل في الشريعة عليهما في حين أن هذا الاعتبار يراعى جانب المال أكثر مما يراعى جانب المرأة مع أن أمر المال أهون في نظر الشرع من أمر المرأة . ولأن المال يمكن حفظه وتنميته بواسطة القوام التي عهدت في أموال من لا يستطيعون حفظها وتنميتها . ولهذا لانعلم أن فقهاء نظر إلى المفقود بهذا الاعتبار الرابع . وإنما آرائهم دائرة على الاعتبارات الثلاثة المتقدمة كما علت . واليك تفصيل هذا الاجماع .

ذهب الحنفية والشافعية إلى أن زوجة المفقود زوجته والماله ماله وإن طال الزمن حتى يطلب على الظن موته وذلك بموت أقرانه أو بمضى مدة لا يعيش لمثلها نادرة . وفي تقدير هذه المدة أقوال في المذهبين . فقليل أنها سبعون سنة وقيل ثمانون وهكذا إلى مائة وعشرين وفي قول الحنفية إن أمر ذلك مفوض إلى رأى القاضى واجتهاده . قيل وهذا هو الاظهر من مذهب الشافعية . فاذا غلب على الظن موته — على اختلاف الأقوال — حكم بموته واعتدت الزوجة عدة الوفاة من وقت الحكم بالموت وقسم ماله بين ورثته الذين يرثونه عند الحكم فلا يرثه من مات قبل الحكم أو حدث إرثه بعده بزوال مانع عنه بعق أو لإسلام .

وهم لا يفرقون في ذلك بين غيبة وغيبة فسواء أكانت الغيبة ظاهرها السلامة

أم الهلاك، وسواء أكانت عقب سبب يقضى إلى الهلاك عادة أم لا ، وسواء أكانت في أرض الاسلام أم في غيرها . وسواء أكانت في برام بحر فحكمها في كل هذه الأحوال واحد في المذهبين هو ما تقدم .

ويرى الخنابلة أن الغيبة نوعان : الأولى غيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مملكة . والسفر لطلب العلم والسياحة . والحكم فيها كما يقول الحنفية والشافعية أنه لا بد من مضي مدة التعمير . وقدروها بتسعين سنة من وقت ولادة المفقود كما نص عليه في كشاف القناع وحكامه صاحب المغنى من رواية الأثرم عن أحمد بن حنبل لكنه قال : إن المذهب خلافه وهو أن الزوجية لا تزول ما لم يتيقن موته أو تمضي مدة لا يعيش لمثلها . وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم . صرح بذلك صاحب المغنى في باب ميراث المفقود قال : لأن هذا تقدير بمدة معينة من غير توقيف . والتقدير لا ينبغي أن يعارض إلا بالتوقيف .

والثاني غيبة ظاهرها الهلاك كالذى يفقد من بين أهله أو يخرج للصلاة فلا يرجع أو يمضي لحاجة على أن يعود فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصنفين . أو من غرق سفينة أو نحو ذلك من سائر أسباب الهلاك . والحكم فيه أن، ينتظر به أربع سنين فإن لم يظهر له خبر قسم ماله واعتدت زوجته للوفاة أربعة أشهر وعشرا . وذكر القاضى أنه لا يقسم ماله حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين ولا يفتر ذلك كله إلى حكم حاكم .

وجرى المالكية في المسألة على أساس التفرقة أيضا بين غيبة ظاهرها السلامة وأخرى ظاهرها الهلاك . فقالوا في الأولى لا بد من انقضاء مدة التعمير . وجعلوا منها الفقد في أرض الشرك . وبالإسرو وقالوا أيضا لا بد من الحكم بالموت بعد انقضاء مدة التعمير ، أما الثانية ، وهى التى ظاهرها الهلاك فهى إما أن تكون بعد سبب من شأنه الإهلاك كعترك أو طاعون أو غرق سفينة . وإما ألا تكون بعد سبب كذلك كما إذا سافر في أرض الاسلام لغرض من الأغراض وفقد فيها . والحكم فيها إذا كانت بعد سبب من شأنه الإهلاك أنها تعتد بعد انتهاء المعركة وذهاب الطاعون وبعد مضي مدة العودة إلى البلدة على حسب القرب والبعد — أما إذا لم تكن بعد سبب كذلك فالحكم فيها ما رآه أحد في الغيبة التى ظاهرها

فتتربص اربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة ويلزم في الجميع البحث عنه حتى يغلب على الظن موته ثم تعتد أو تتربص .

هذه آراء الأئمة في حكم المفقود من حيث ماله وزوجته اما حكمه من حيث ارثه من غيره فقالوا فيه ان مات المفقود من يرثه قبل أن يحكم بوفاته بوقف نصيبه من مال مورثه . فان كان المفقود يحجب الحاضرين لم يصرف شيء ورقف المال كله وان كان لا يحجبهم يعطى كل واحد منهم الاقل من نصيبه على تقدير حياة المفقود وعلى تقدير موته . وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأحمد وأكثر الفقهاء والصحيح من مذهب الشافعي . وللشافعية وجهان آخران أحدهما تقدير حياته لانها الاصل فان ظهر خلافهما غيرنا الحكم والثاني يقدر موته في حق الجميع لان استحقاق الحاضرين معلوم واستحقاقه مشكوك فيه فان ظهر خلافه غيرنا الحكم . وهذا الوجه بعيد . ويظل نصيب المفقود موقوفا حتى يتبين حاله . فان بان حيا أخذه وردت الزيادة الى أهله : وان علم أنه مات بعد موت مورثه دفع نصيبه مع ماله لورثته . وان علم أنه كان ميتا حين موت مورثه رد الموقوف الى ورثة الاول وان لم يعلم خبره وحكم بموته رد نصيبه أيضا الى ورثة الاول لانه مشكوك في حياته حين الموت فلانورثه مع الشك .

استدل الحنفية والشافعية على ما ذهبوا اليه في المفقود بما يأتي :

أولا — بما أخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب . حدثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال : قال رسول الله ﷺ : امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان .

وثانيا — بما روى عن عبد الرازق : أخبرنا محمد بن عبد الله العزمي عن الحكم ابن عتيبه عن علي رضي الله عنه قال — في امرأة المفقود — هي امرأة المفقود — هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق .

وبما روى عن خريج قال : بلغني أن ابن مسعود وافق عليا أنها تنتظر أبداً وقد روى هذا المذهب عن أبي قلابه والشعبي والنخعي . قالوا جميعا ليس لامرأة المفقود أن تتزوج حتى يستبين أمره .

وثالثا — بأن النكاح بين المفقود . وزوج ثابت يقين . ومجرد الغيبة

لا يوجب الفرقة وإنما يوجبها الموت . وموت المفقود مشكوك فيه ومن القواعد أن اليقين لا يزول بالشك . وبقاء ما كان على ما كان حتى يظهر خلافه . فوجب عملاً بالثابت المتيقن ترك الأمر حتى يتبين الحال . وقد نقل رجوع عمر رضى الله عنه الى قول على في امرأة المفقود . روى ذلك ابن أبي ليلى وكانت هذه إحدى قضايا ثلاث رجع فيها عمر إلى رأى على رضى الله عنهما . وبذلك كان هذا المذهب مذهب على وعمر وابن مسعود وقد أيدته القواعد ورجحه ماروينا من السنة المرفوعة .

واستدل المالكية والحنابلة على ما انفقوا عليه بما رواه ابن أبي شيبة : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمر وعن يحيى ابن جعدة أن رجلاً فقد في عهد عمر فجاءت امرأته إليه فذكرت ذلك له فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعدها أن يطلقها ثم أمرها أن تعتد فاعدت ثم تزوجت بآخر ثم جاء زوجها الأول فخيره بين الزوجة والصداق وقد خرج هذا الحديث من عدة طرق . وروى ذلك الحكم في امرأة المفقود عن عثمان وعلى وابن عباس وابن الزبير . وهذه كلها قضايا في زوجة المفقود انتشرت في عهد الصحابة فلم تتكرر فكانت لإجماعاً وقد قال به غير هؤلاء الخمسة عطاء وعمر بن عبد العزيز والحسن والزهرى وقتادة والليث وعلى ابن المدينى وعبد العزيز بن أبي سلمة ولا ريب أن التقدير مما لا يدرك بالقياس فيجعل هذا التقدير على أن هؤلاء جميعاً سمعوه من الرسول ﷺ . ولا فوالهم في مثله حكم المرفوع فوجب الأخذ به . ولو كان ثمة رأى واجتهاد لنقل الينا مع أنه لم يثبت أن أحداً من الصحابة أنكر على أحد من هؤلاء الأصحاب حكمه في زوجة المفقود فكان ذلك من جهة أخرى في حكم الإجماع فوجب قبوله والعمل بمقتضاه وهذا يقول الحنابلة إن هذه القضايا وردت في مفقود بغية ظاهرها الهلاك فيقتصر في هذا الحكم على ما يماثل تلك الغيبة من غير تفرقة بين ماله سبب من شأنه الإهلاك وما ليس له سبب كذلك . وتبقى الغيبة التي ظاهرها السلامة على مقتضى قاعدة .

(اليقين لا يزول بالشك) فلا بد فيها من تحقق الموت وثبوته . ولا يصح التقدير طالمت مدة الغيبة أم قصرت .

أما المالكية فقد نظروا إلى ما يغلب فيه السلامة فتركوه للتعمير وإلى ما يغلب

فيه الهلاك وجعلوا هذا قسمين : قسم يعظم فيه غلبة الهلاك لوقوعه بعد سبب مهلك
فحكموا بالتفريق عقب السبب مباشرة ان كان لا يحتاج إلى مدة عودة أو بعد مدة
العودة الممكنة إلى بلاده إن كان يحتاج إلى مدة ، وقسم آخر لا تعظم فيه غلبة
الهلاك لعدم وقوعه بعد سبب مهلك وقالوا إن هذا القسم هو محل التقدير بأربع
سنين ثم قال كل من الحنابلة والمالكية إن التفريق بين الغائب وامراته قد بنى على
أساس دفع الضرر عن زوجة غاب عنها زوجها وتركها تتعرض لعنت الحياة الفردية
خصوصا إذا كانت الزوجة شابة لا تستطيع أن تحفظ نفسها من عوال الفتنة التي
محيط بها أسبابها من كل جانب وقد وجد للتفريق بالضرر أصل معروف في الشريعة .
ذلك هو التفريق للإيلاء وللعنة وقد ضرب الشارع لكل منهما أجلا بمضيه يحصل
التفريق فليضرب لضرر الفقد الذي يصيب المرأة في زوجها أجل وهو ما روى عن
أصحاب رسول الله ﷺ ولم يعرف من طريق صحيح أن بعضهم أنكر التقدير به .

واعمل الحكمة في التقدير بالأربع السنين أنها أقصى مدة ذهب اليها العلماء في
تقدير مدة الحل وبذلك تدبر برارة المرأة بيقين فيحكم بالتفريق على وجه يطمئن
بخلو المرأة من غرس زوجها . وإنما خالفتم مدة الفقد مدة الإيلاء والعنة لأن
الإيلاء باختيار الرجل وقد كان بيده الإيول من امراته . ولأن العنة بعد سنة يغلب
على الظن أنها لا تزول ولا كذلك المفقود .

يتجه على الحنفية والشافعية في استدلالهم بالحديث المروى عن المغيرة بن شعبة:
أن رواية محمد بن شرحبيل . وقد قال ابن حاتم عن أبيه : أنه يروى عن المغيرة
مناكير أباطيل . وأن سوار بن مصعب الذي روى عن محمد بن شرحبيل قال فيه
القطان . انه أشهر في المتروكين . أما المروى عن علي فظاهر أنه اجتهد ورأى .
أنظر قوله (هي امرأة ابتليت فلتصبر) أمرها بالصبر لابتلائها شأن كل مبتلى على
أنه قد روى الجوزاني وغيره عن علي في امرأة المفقود (تعتد بأربع سنين) وبذلك
قضى عثمان وابن الزبير في مولاة لهم .

ويتجه عليهم في الاستدلال بالمعقول أن غلبة الظن في الشريعة لها حكم اليقين
والمراد من القاعدة أن اليقين لا يزول بالشك والمخالفون يقولون : ان عدم ظهور
أمره بعد البحث والتنقيب أربع سنين مع وجود العوامل التي تدفعه الى الظهور لو

كان حيا يجعل هلاكه غالبا على الظن . وغلبة الظن في مثله كافية للحكم بموته . وللتفرقة بينه وبين زوجه ، وأما احتمال الظهور بعد ذلك فنادر لا ينافي به حكم على أن المخالفين لم يعتمدوا في الحكم بموته بعد مضي مدة التعمير إلا على غلبة الظن ببقاء احتمال الظهور أيضا . ولذلك بينوا حكمه على فرض ظهوره . والواقع أن اليقين منتف عند الفريقين وأن غلبة الظن كافية لرفع الضرر الذي يلحق المرأة من بقاءها في زوجية المفقود . وهذا قدر لا ينبغي أن يكون محل خلاف . نعم تختلف الانظار فيما به تحصل غلبة الظن وقد وجد الاختلاف في ذلك فعلا من عهد الصدر الأول وليس للتقدير بمدة معينة أيا كانت تلك المدة من وجه شرعى يعتمد عليه . خصوصا أنهم قد أجمعوا على أن التقدير لا مجال للرأى فيه .

فالوجه الذى نختاره هو التفويض إلى رأى القاضى . قال الزيلعى والمختار أنه يفوض إلى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة أنه مات لاسيما إذا دخل فى مهلكة .

وقد اعتبر الحنابلة التفويض إلى اجتهاد الحاكم فى قسمة أمواله . ولاريب أن التفويض إلى اجتهاد الحاكم فى قسمة تقدير ظروف الزوجة وظروف الزوج ولهذا الظروف ارشاد كبير إلى مافيه المصلحة .

وبذلك يتبين أن مذهب القائلين بالتفويض إلى رأى الحاكم أسد وأوفق خصوصا فى هذا الزمن الذى يسهل فيه الوقوف على حال الغائبين .

وتقدير عمر رضى الله عنه لامرأة المفقود بأربع سنين كان عن اجتهاد ورأى ولعل الظروف التى رآها قضت عنده بذلك . وجميع ما نقل من حوادث الفقد وقائع حال قدرت فيها الظروف فقضى كل بما رأى ووقع عنده .

قال الزيلعى : وما كان سبب اختلاف الناس فى مدته الا اختلاف آرائهم فيه . اهـ ولا يعكر على هذا الرأى سوى أنه ليس كل قاض يركن إلى تقديره .

هذا وقد رأت المحاكم الشرعية فى مصر أن العمل فى المفقود بمذهب الحنفية أصبح لا يتفق مع حالة الرقى التى وصلت اليها البلاد فى طرق المواصلات ووسائل التخاطب وسهولة البحث عن الغائب فاختارت أن تعامل زوجها بمقتضى مذهب المالكية .

ووضعت المادتين السابعة والثامنة من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ؛ وفيهما أن القاضى يعلن الزوجة بعد البحث وبعد مضي أربع سنين من حين رفع الأمر اليه بالاعتداد عدة الوفاة . ثم رأت أن تعدل عن مذهب المالكية وقسمت المفقود الى (غائب) غيبة ظاهرها الهلاك وقدرت له أربع سنين (وغائب) غيبة ظاهرها السلامة وفوضت الأمر فى زوجته وماله إلى رأى القاضى ووضعت لذلك المادة الحادية والعشرين من قانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقالت مذكرته الإيضاحية ان هذا أخذ بمذهب أحمد فيما يختص بالزوجة فى القسم الأول وبرواية له وبمذهب الحنفية فيما يختص بها وبالأموال فى القسم الثانى . ولقد كان لهم فى القول الراجح من مذهب الحنفية وهو التفويض الى رأى القاضى فى الزوجة والمال غناء من هذا التبديل وذلك التلقيق لاسيما أنه يعتبر ميثاقاً قبل مضي الأربع السنين .

لزوم الوقف

اتفق الأئمة الأربعة على أن الوقف تصرف مشروع . واتفقوا أيضاً على أن وقف المسجد والرباط ونحوهما مما لا يقصد فيه جعل المنفعة لمعين لازم ولا ملك فيه لأحد واختلفوا فيما قصد به جعل المنفعة لمعين من جهتين جهة الملك وجهة اللزوم ففى الملك قال أبو حنيفة ومالك الوقف المواقف وقال الشافعى وأبو يوسف ومحمد هو ملك لله وقال أحمد هو ملك الموقوف عليه كالصدقة أما جهة اللزوم فرأى جمهور الأئمة أنه لازم لا يباع ولا يوهب ولا يورث وقال أبو حنيفة بعدم لزومه وأنه كالعارية . وأنت ترى من هذا أن الخلاف الذى له ثمرة فى الأحكام العملية إنما هو الخلاف فى اللزوم وعدمه وذلك موضع المقارنة .

استدل أبو حنيفة بالسنة والمعقول .

أما السنة . فمنها ما أسنده الطحاوى فى شرح معانى الآثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله ﷺ يقول ما أنزلت سورة النساء . وأنزل فيها الفرائض نهى عن الحبس . وقد روى من طريق آخر للدارقطنى عن على بن رضى عنه لا حبس عن فرائض الله الا ما كان من سلاح أو كراع وقال صاحب الفتح ويذنبى

أن يكون لهذا الموقف حكم المرفوع لأنه بعد أن علم ثبوت الوقف ولهذا استثنى الكراع والسلاح ومثله لا يقال إلا سماعا .

ومنها ما رواه ابن أبي شيبة في البيوع بسنده عن شريح ، قال جاء محمد بن ببيع الحبس وقد أخرجه البيهقي أيضا . وهذا الحديث وإن كان مرسلًا فهو حجة عند الحنفية .

أما المعقول فمن وجهين . أحدهما أن لزومه يستلزم خروج الموقوف عن ملك الواقف وإلا لجاز للواقف أن يتصرف فيه تصرف المالك . وما عهدنا مالكا ذا أهلية تغل يده عن التصرف في ملكه بما يريد . ولو خرج عن ملك الواقف لآلى مالك فهو السائبة . ولا سائبة في الاسلام : « فاجعل الله من بحيرة ولا سائبة » . ثانيهما . ان حقوق العباد لم تنقطع عن الموقوف . بدليل جواز الانتفاع به زراعة وسكنى . وبقاء الحقوق دليل بقاء الملك فيه . ولا ملك لغير الواقف اتفاقا فوجب أن يكون الملك للواقف وبقاء الملك للراثة ينافي لزوم .

ويؤيد كون الملك للواقف . أن له في الوقف حقوقا خاصة . كتميعين النظار وعزلهم وتوزيع الربيع على مقتضى شرطه . ولم يستفد هذه الحقوق من ولاية طارئة اتفاقا فوجب أن يكون مردها ملكه .

واستدلال الأئمة الثلاثة والصاحبان . أولا بما روى . أن عمر رضى الله تعالى عنه أتى النبي ﷺ وكانت له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا فقال يا رسول الله انى أصبت ما لا هو عندى نفيس أفأصدق به فقال رسول الله ﷺ تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف وللساكنين ولابن السبيل ولذى القربى لاجناح على من وليه أن يأكل بالمعروف أو يؤكل صديقا غير متمول منه .

وهذه الأرض كانت سهم عمر رضى الله عنه بنخبر وثمرغ لقب لها وهذا الحديث مروى في الصحيحين وباقي الكتب الستة مع اختلاف في بعض الالفاظ .

ثانيا - بالاجماع العملى فقد استمر عمل الامة من عهد رسول الله ﷺ الى يومنا هذا على حبس أموالهم مؤبدة من غير تكبير .

ثالثا - بالمعقول وهو أن داعية الواقف إلى وقف أمواله تستدعى لزوم

الوقف بخروجه عن ملكه . لأنها ترجع إلى إرادة وصول الثواب إليه ولا طريق لاستمرار وصول الثواب إليه إلا بلزومه وعدم انقطاعه وقد أشار الشرع إلى أن الذي يحقق هذه الرغبة هو الوقف بما رواه الترمذي عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث . صدقة جارية . وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له .

وقد قيل لأبي حنيفة في حديث لأحبس عن فرائض الله . أنه وإن كان عاما إلا أن قاعدة الجمع بين الدليلين المتعارضين ما أمكن توجب حمله على خصوص ما كان في الجاهلية من التورث بالموالاة وأما أخاة حرمان الإناث طلقا والذكور الصغار من الارث وقصره على الذكور القادرين ، وقد كان ذلك بعد أن نزلت آيات الموارث وجمعت للنساء . والذكور مطلقا نصيبا في الميراث ويثبت فرائض الوارثين وحقوقهم وأن أولى الأرحام بعضهم أولى ببعض — على أن الحديث عند التحقيق لا يتناول الوقف لأن الوقف ليس حبسا عن فرائض الله التي لا تثبت للوارث إلا بدو وفاة المورث أو حال مرضه إذ هو تصرف صادر من أهله في خالص حقه . ولو كان الوقف مع هذا حبسا عن فرائض الله لكانت جميع الصدقات والهبات حبسا عن فرائض الله ولا قائل بذلك وقيل له في حديث شريح إنه لا دلالة فيه أيضا لأن الوقف بالمعنى الشرعي لم يكن معروفا في الجاهلية وإنما عرف في الإسلام كما قال الشافعي رضي الله عنه وحينئذ فلا يمكن أن يتناول الحبس الذي جاء الرسول ببيعه هذه الأوقاف المعروفة لنا شرعا ووجب حمله على الأحباس المعروفة إذ ذاك من البحيرة والسائبة والوصيلة والحام . وعلى فرض أن الوقف الشرعي كان معروفا في الجاهلية فاستمرار العمل به من الصحابة والتابعين دليل على أن الذي جاء ببيعه محمد ﷺ هو النوع الآخر الذي نفاه القرآن جمعا بين الأدلة كما سبق . وقيل له في المعقول أنه لا مانع من خروج الوقف عن ملك الواقف إلى غير مالك فإن المسجد يزول ملك الواقف عنه اتفاقا ولا ملك لأحد فيه من العباد فيكون وقف غير المسجد كالمسجد . وأما تعلق حق العبد بالوقف وثبوت الحقوق للواقف فإنه لا يدل على بقاء الملك فإن القربان يصير إلى الله ويخرج من ملك صاحبه بالآرافة مع أن صاحبه يتصرف فيه بالأكل والإطعام والتصدق وتلك ولاية خولها له الشارع فليكن أمر الوقف كذلك .

ويتضح مما سبق أن الفريقين يتفقان على أن للواقف حقوقا في الوقف وعلى أن الإمام وصاحبيه يرون بين بقاء الملك للواقف في الوقف . وعدم لزومه تلازما وأن أبا حنيفة يرى أن ثبوت الحقوق للواقف يدل على بقاء ملكه فيه . وقد وقف الإمام مالك رضى الله عنه في المسألة موقفا وسطا فرأى أن لا تلازم بين بقاء الملك وعدم اللزوم فالوقف عنده لا يخرج عن ملك الواقف وهو في الوقف نفسه لازم لا يباع ولا يوهب ولا يورث وقد قرر الحنفية لذلك نظيرا في المدبر وأم الولد وقد استحسّن الكمال هذا الرأي ووجهه بما خلاصته أن ملك الواقف ثابت قبل الوقف يبقين ومنع التصرف بالبيع ونحوه أثبتته حديث عمر وعمل المسلمين فليثبت ذلك القدر أما الملك فلم يوجد ما يدل على إزالته بل وجد في بعض روايات حديث عمر ما يدل على بقاءه على ما كان وهو قوله إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فانه ظاهر في التصديق بالغلة مع بقاء الملك وكذلك المعنى المعقول الذي تمسك به الجمهور لا يدل إلا على اللزوم فقط . وهو تحقيق نظرى وجيه .

هذا ويتضح مما سبق أيضا رجحان قول عامة العلماء بلزوم الوقف لأن الأحاديث والآثار متضاربة على ذلك وقد استمر عمل الأمة من عهد الرسول إلى يومنا عليه وهو إجماع على لا ينهض شيء من أدلة أبي حنيفة على معارضته وقد جرى العمل بالمحاكم الشرعية المصرية على الأخذ برأى الجمهور باعتباره أرجح الأقوال في مذهب الحنفية .

القضاء بشاهد ويمين

اتفق العلماء على أن المدعى إذا أقام شاهدين على دعواه وقبلت شهادتهما حكم له بما ادعى . وعلى أنه إذا عجز عن البينة ، وطلب تخليف المدعى عليه وحلف ورفض دعواه . واختلفوا بعد ذلك في فصلين أحدهما إذا أقام أبى المدعى عليه أن يحلف هل يحلف المدعى أن يقضى له بنكول صاحبه عن اليمين . ثانيهما إذا أقام المدعى شاهدا وعجز عن الآخر وحلف مع شاهده هل يقضى له بشاهده ويمينه .

وموضوع المقارنة هو الفصل الثمانى من الخلافيتين . فذهب إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين زيد بن علي بن الحسين والزهرى والنخعى وابن شبرمة

والامام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه . وذهب الى جواز الحكم بهما جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم منهم الخلفاء الأربعة وابن عباس وعمر بن عبد العزيز وشريح والشعبي وفقهاء المدينة والأئمة الثلاثة رضى الله عنهم .

استدل أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضين من الشهداء) وقوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل عنكم) طلب القرآن اشهاد رجلين . ونص عند عدمها على رجل وامرأتين لقبول الشاهد الواحد . اليمين زيادة على النص والزيادة على النص نسخ . وهو لا يجوز إلا بمتواتر أو مشهور وليس فى المسألة واحد منهما .

أما السنة فما رواه مسلم وأحمد من قوله عليه الصلاة والسلام (لو يعطى الناس بدعدواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ومن قوله (البينة على المدعى واليمين على من أنكر) ومن قوله ﷺ (شاهدك أو يمينه) .

فالحديث الأول جعل جفلس اليمين على المنكر . فاذا قبلت يمين من المدعى أو وجهت اليه لم يكن جميع أفراد اليمين على المنكرين . وكذلك الحديث الثانى جعل جميع أفراد البينة على المدعى وجميع أفراد اليمين على المنكر . وتضمن مع هذا قسمة وتوزيعاً والقسمة تنافى اشتراك الخصمين فيما وقعت فيه القسمة والحديث الثالث خير المدعى بين امرين لا ثالث لهما إما بينة أو يمين المدعى عليه . والتخيير بين امرين معينين يمنع تجاوزهما والجمع بينهما .

بهذه الأدلة رأى الحنفية عدم جواز الحكم بشاهد ويمين . وقالوا ان الحاكم إذا حكم بهما لا ينفذ حكمه وإذا رفع إلى قاض آخر أبطله . قال فى متن التنوير وشرحه (وإذا رجع اليه حكم قاض آخر نفذه الا ما خالف كتاباً أو سنة مشهورة أو إجماعاً ومن ذلك ما لو قضى بشاهد ويمين المدعى لمخالفته للحديث المشهور (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) .

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما روى من أن النبي ﷺ قضى بشاهد ويمين . وقد ذكر ابن الجوزي عدد من روى هذا الحديث فزاد على عشرين صحابيا . وأصح تلك الطرق حديث ابن عباس الذي قال فيه الشافعي وهذا الحديث ثابت لا يردده أحد من أهل العلم لو لم يكن فيه غيره مع أن معه غيره بما يشده . وقال النسائي إسناده جيد . وقال البزار في الباب أحاديث حسان أصحابها حديث ابن عباس وقال ابن عبد البر لا مطعن لأحد في إسناده .

ومع ما علمت في رواية القضاء بالشاهد واليمين قال الزيلعي : وما رواه الشافعي ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما روينا . ولأنه يرويه ربيعة عن سهل ابن أبي صالح وأنكره سهل فلا يبقى حجة بعدما أنكره الراوى فضلا عن أن يكون معارضا للمشاهير . ولو سلمنا صحته احتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجذبه وتارة يمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب . ولئن سلم أنه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى هاهنا ونحن نقول به لأن الشاهد الواحد لا يعتبر فوجرده كعدمه فيرجع إلى يمين المنكر عملا بالمشاهير اهـ .

وكما طعن الزيلعي وأول كما ترى في حديث القضاء بالشاهد واليمين طعن الآخرون فيما تمسك به الخفية وقالوا لو صحت لا تفيد عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين لأن حديث التخيير كان في واقعة عجز فيها المدعى عن البينة ورضى المدعى عليه باليمين فتخوف المدعى وقال (إذا يحلف ولا يبالي) فقال الرسول ﷺ ليس لك منه الا ذلك . وهو غير موضع النزاع وأما الحديثان الآخران فجاءا على الشأن في مبدأ الخصومة وهو اما البينة من المدعى أو اليمين من المنكر . وهذا لا يمنع الحكم بيمين المدعى وشاهده اذا عجز عن الشاهد الآخر وأبى المدعى عليه أن يحلف فلا دلالة لشيء من الأحاديث المذكورة — على فرض صحتها — على المنع .

وبالنظر فيما قاله الفريقان نجد — أولا — أن ما طعن به الخفية على أحاديث الجمهور . مردود . لما عرفت من شهرتها بين المحدثين وإنها مروية عن جع عظيم من الصحابة . وما قاله الزيلعي من انكار سهل الحديث الذي رواه عنه ربيعة فسببه أن سهيلا أصيب بعلقة أذهبت بعض عقله ونسى بعض حديثه فقال لا أحفظه

ولا أتذكره . وهذا لا يضر بعد أن تثبت رواية الحديث من طرق أخرى حسنة وبعضها صحيح ورجاله كلهم ثقات .

ثانياً — أن قول الحنفية (إن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين زيادة على الكتاب وزيادة نسخ) بناء على قاعدة لم يظهر التزامهم لها في كثير من فروعهم المذهبية . فهي كما قال الشوكاني . زيادة ولكنها غير منافية للأصل فقبولها محتم . وقاية ما يقال على فرض معارضة الآية وحديث (شاهدك أو يمينه) لأحاديث القضاء بشاهد ويمين . وإن كان فرضاً فاسداً . إن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين والحكم بمجردهما . وهذا المفهوم المردود عند أكثر أهل الأصول لا يعارض المنطوق وهو ما ورد في العمل بشاهد ويمين على أنه يقال العمل بشهادة المرأتين مع الرجل يخالف لمفهوم — حديث شاهدك أو يمينه . فإن قالوا قدمنا على هذا المفهوم منطوق الآية . قلنا ونحن قدمنا على ذلك المفهوم منطوق أحاديث الباب . هذا على فرض أن الخصم يعمل بمفهوم العدد فإن كان لا يعمل به أصلاً فالحجة عليه أوضح وأتم .

ولابن تيمية كلام جيد في توجيه آية (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) تورده هنا لما فيه من الفائدة في موضعنا هذا .

قال : القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طريق الحكم التي يحكم بها الحاكم وإنما ذكر هذين النوعين من البينات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه . وبعد أن ذكر الآية قال — فأمرهم سبحانه بحفظ حقوقهم بالكتاب وأمر من عليه الحق أن يمل الكاتب . فإن لم يكن ممن يصح إملأؤه أملى عنه وليه . ثم أمر من له الحق أن يستشهد على حقه رجلين فإن لم يجد فرجل وامرأتان . ثم نهى الشهادتين المحتملين للشهادة عن التخلف عن إقامتها إذ طلبوا لذلك . ثم رخص لهم في التجارة الحاضرة ألا يكتبوها ثم أمرهم بالأشهاد عند التبائع ثم أمرهم إذا كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً أن يستوثقوا بالرهن المقبوضة . كل هذه نصيحة لهم وتعليم وإرشاد لما يحفظون به حقوقهم وما تحفظ به الحقوق شيء . وما يحكم به الحاكم شيء آخر . فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين . والرجل والمرأتين . فإن الحاكم يحكم بالنسكول ولا ذكر له في القرآن . فإن كان الحكم بالشاهد واليمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنسكول أشد مخالفاً له .

وعلى فرض أن واستشهدوا شهيدين جاءت لبيان ما يحكم به الحاكم فليس فيها ما يدل على منع الحكم بشاهد ويمين فان كثيرا من الاحكام أخذ بها المسلمون ولم ترد في لفظ الكتاب ولكن السنة قضت بها وطلبها فكانت شريعة يجب اتباعها كالذي جاء به الكتاب ، وذلك كنع الوصية للوارث ومنع نكاح المرأة على عمتها وخالتها . ومنع التوارث بين المسلم وغيره . وإيجابه في حل المطلقة ثلاثاً أن تذوق عسيلة الزوج الثاني كل ذلك وله نظائر كثيرة أخذ به المسلمون من السنة زيادة على ما في الكتاب ولم يقل أحد أنها نسخ للكتاب فيجب رفض السنة الواردة به . ولا شك أن الحكم بالشاهد واليمين كهذه الاحكام وردت به السنة وهي زائدة على الكتاب وليس في الكتاب ما يمنعه فوجب القول به . فان قال المانعون إن الأحاديث التي أخذنا بها فيما ذكرت من الاحكام أحاديث خرجت عن رتبة الآحاد إلى درجة الشهرة فوجب الأخذ بها ولا كذلك الأحاديث التي وردت في مسألة الخلاف . قلنا لهم ما قاله الشوكاني وغيره جوابا عن هذا السؤال . أحاديث القضاء بشاهد ويمين قد رواها نيف وعشرون صحابيا وفيها ما هو صحيح متفق على صحته كما رأيت ذلك فيما تقدم فأى شهرة تزيد على الشهرة .

أما تأويلهم قضاء النبي بشاهد ويمين . فقد قال فيه ابن العربي : إن هذا جهل باللغة لأن المعية بين شيتين تقتضي أن يكونا من جهة واحدة لا من جهتين متضادتين وبعد فقد قال الشوكاني (جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين غير نافق في سوق المناظرة عند من له أدنى للمام بالمعارف العلمية وأقل نصيب من أنصاف) اهـ

وقال ابن القيم : إنكم قبلتم شهادة النساء وحدهن على الرضاع والولادة وعيوب النساء مع أنه زائد على ما في القرآن . ولم يصح الحديث به صحته في الشاهد واليمين . وردت هذا ونحوه بأنه زائد على القرآن . اهـ

القضاء بشهادة غير المسلمين

لهذه المسألة صورتان : احدهما شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض والثانية شهادتهم على المسلمين . أما المسألة الاولى فذهب فيها مالك والشافعي وأحمد إلى

أنها لا تقبل مطلقا اختلف الملل أم اتفقت ونقل ذلك عن طائفة من المتقدمين وذهب الحنفية إلى قبول شهادتهم بعضهم على بعض وإن اختلفت ملهم كيهودى على نصرانى وعكسه إلا أنهم لم يقبلوا شهادة الحربى على مثله إذا اختلفت دارهما وذهبت طائفة إلى قبولها فيما بين أهل الملة الواحدة فلا تقبل شهادة اليهودى على النصرانى ولا عكسه .

ونقل ابن القيم فى كتابه الطرق الحكيمة أن مالكا يميز شهادة الطبيب الكافر حتى على المسلم للحاجة .

الأدلة

استدل المانعون مطلقا بوجوه (الأول) إن الله ما ذكر اليهود فى كتابه إلا وصفهم بما لا ينطبق على غير المسلمين فمن ذلك قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) وقوله (وأستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وغيز المسلم ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا من المرضيين عندنا . (الثانى) إن الله وصفهم كثيرا بالكذب والفسق ، ولا شهادة لكاذب ولا فاسق ، وكيف تجوز لهم شهادة وقد منعت شهادة الرقيق نظرا إلى أن الرق أثر الكفر الذى لم يفارقه (الثالث) أن قبول شهادتهم يؤدى إلى الزام الحاكم القضاء بشهادتهم ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر ومن هنا لم تقبل شهادته على المسلم بالاجماع وإذا لم يكونوا أهلا للشهادة على المسلم فليسوا أهلا للشهادة مطلقا لأن الأهلية لا تختلف بين شخص وشخص ألا ترى أن العبد لما لم يكن أهلا للشهادة على الحر لم يكن أهلا للشهادة على مثله (الرابع) أن قبول شهادتهم إكرام لهم ورفع لمنزلتهم وقدرهم ورزيلة الكفر تحول بيننا وبين إكرامهم ورفع منزلتهم .

واستدل من أجازها بشرط اتحاد الملة بما رواه الدارقطنى وابن عدى من حديث أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد ﷺ فإنها تجوز على غيرهم . وبأن أهل الملة الواحدة بعضهم يلى على بعض ولا عداوة بينهم ولا بغضاء فجازت شهادتهم فيما بينهم . أما مختلفوا الملل فبينهم من العداوة والبغضاء ما يقطع الولاية ويمنع قبول الشهادة قال تعالى « وقالت اليهود ليست النصرانى على شيء

وقالت النصراني^١ ليست اليهود على شيء وهم يتلون الكتاب ، وقال د وألقينا بينهم
العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة ، وإذا كان هذا شأنهم فلا تقبل شهادتهم على بعض
واستدل الحنفية د أولا ، بقوله تعالى د ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار
يؤده إليك ، أخبر أن منهم الأمين على مثل هذا القدر من المال ولا ريب أن أساس
الشهادة صفة الأمانة . وبقوله تعالى د والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ، ثبت
الولاية لبعضهم على بعض والولاية أعلى رتبة من للشهادة وغاية الشهادة أن تشبه بها
وقد ذكرهم بوصف يعصمهم وإن اختلفت مللهم د ثانيا ، بأن النبي ﷺ قد حكم
بشهادتهم في الحدود روى مجاهد بن سميعة عن الشعبي عن جابر بن عبد الله رضي الله
عنهم أن اليهود جاءوا إلى رسول الله ﷺ برجل منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول
الله ﷺ اتقوني بأربعة منكم يشهدون . وقد جاء في القصة أن الرسول سألهم
ما تجدون في أمر هذين في التوراة فقالوا نجد فيها إذا شهد أربعة منهم أنهم رأوا .
رجما . قال فما يمنعكم أن ترجموا . قالوا ذهب سلطاننا ففكرنا القتل فدعا رسول
الله ﷺ بالشهود وشهدوا رجما ففداعتبر النبي ﷺ شهادتهم أن الحكم كذا في التوراة
واعتبر شهادتهم على الفعل وحكم بناء عليها .

و د ثالثاً ، أنهم يتعاملون فيما بينهم بأنواع المعاملات وتقع بينهم الجنايات
ولا يحضرون في الغالب مسلم ثم يتحاكون إلينا فلم تقبل شهادتهم على بعض
لأدى ذلك إلى تظلمهم وضياح حقوقهم وفي ذلك فساد كبير لا تفرقه الشرية العادلة
أما عدم قبول شهادة الحربي على الذمي وعلى الحربي إذا كان من دار أخرى
فلا نقطاع الولاية بينهما ولذلك لا يتوارثان . قالوا والذمي من أهل دارنا وهو
أعلى حالا من الحربي فتقبل شهادته عليه وعلى الذمي كالمسلم .

والذي يظهر في هذه المسألة أن شهادة غير المسلمين فيما بينهم كشهادة المسلمين
فيما بينهم (أولا) لما تقدم من أدلة الحنفية و (ثانيا) أن الله قد أمرنا بالحكم بينهم
إذا ترافعوا إلينا والحكم إما بإقرار ولا حاجة فيه إلى المرافعة وأما بيئتهم وهم في الغالب
لا تحضرون بيئتهم من المسلمين فإذا أحضروا وشهدوا مرضيين عندهم واطمأن القاضي
إلى صدقهم ولم تظهر عليهم أمارات الكذب وجب عليه أن يحكم بشهادتهم أحياء للحق

وليس الحكم بالنكول أو البين بأقوى من الحكم بالشهادة وأما الآيات التي استدلت بها المانعون فهي في الحكم بين المسلمين كما يدل عليه السياق والخطاب ولا تعرض في شيء من الآيات للحكم على غير المسلمين . وأما آية (والقينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة) وآية (وقالت اليهود الخ) فغاية ما تدل عليه أن بينهم عداوة وقد عرف أنها عداوة دينية لا تمنع قبول الشهادة فيما بينهم كالعداوة التي بين فرق هذه الأمة وقد ألبستها شيئا وأحزابا يذوق بعضهم بأس بعض .

وأما أن الله وصفهم بالكذب والفسق فهو منظور فيه إلى العقيدة فهم يدينون بما سماه الله كذبا وفسقا وليس المراد منها ما يمنع قبول الشهادة فكم منهم صادق إذا حدث أمين إذا أؤتمن وفي إذا عاهد كيف وهذه أخلاق فاضلة تحت عليها الأديان كلها وتحذر من ضدها وقد سبقت الآية التي وصفهم الله فيها بالأمانة على القنصار وأما أن العبد لا تقبل شهادته والرق أثر الكفر . الخ فهذا لا يلزمنا إذا رجحنا القول بقبول شهادة العبد إذا كان صادقا مرضيا وهو ما تشهد له أدلة الباب ويقول الحنفية : أنه قياس مع الفارق لأن عدم قبول شهادة العبد لأنه ليس من أهل الولاية أما غير المسلم فهو أهل الولاية على مثله .

وأما أن القول بقبول شهادتهم يؤدي إلى إلزام القاضى به فالقاضى ملزم بالتقصاء بالحق عند ظهور الحجة الصادقة . وأما أن كفرهم يحول بيننا وبين إكرامهم الذي منه قبول شهادتهم فلا نسلم أن قبول الشهادة من الأكرام الذي يمنعنا منه كفرهم وإنما هو دفع لشر بعضهم عن بعض وسبيل لا يصلح الحقوق لأصلها بقول من يرصونه ولا شك أن هذا من تمام المصالح التي لا غنى عنها ، على أن الكفر لم يمنع ولاية بعضهم على بعض ولا أن يكون بعضهم حاكما على بعض فلا يمنع أن يكون بعضهم شاهداً على بعض . ولاندرى ماذا صنع المانعون من قبول شهادتهم إذا لم يكن لصاحب الحق منهم شاهد مسلم أظن أنهم لا يستطيعون القول بعدم الحكم بينهم ولعلمهم يجوزونها في تلك الحالة عملاً بحق الضرورة على نحو شهادة الطيب الكافر التي أجازها مالك . وهذا هو تمام ما ترى في هذه المسألة . ولا ننسى أن نرشدك إلى أن أهل الحديث قد ضعفوا حديث أبي هريرة الذي استدلت به المفسلون بين اتحاد الملة واختلافها — بأن في رواته ضعيفا وهو عمر بن راشد .

أما المسألة الثانية وهى شهادة غير المسلمين على المسلمين . فمنها مطلقاً أبو حنيفة ومالك والشافعى إلا ما نقل عن مالك من جواز شهادة الطبيب للضرورة وأدانهم لائخرج عما سبق فى المسألة الأولى ويزاد هنا أن الشهادة من باب الولاية ولا ولاية للكافر على المسلم قال الله تعالى « وإن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً » وجوزها الحنابلة فى الوصية إذا كان المسلم على سفر ولم يجد غيرهم . قال ابن المنذر وبه قال شريح والنخعى والأوزاعى وقضى به ابن مسعود وأبو موسى رضى الله عنهما : إلا أن منهم من يرى أن ذلك خاص بأهل الكتاب ومنهم من يرى عمومها فى جميع غير المسلمين حتى المجوس وعبدة الأوثان .

واستدل الحنابلة بقوله تعالى فى سورة المائدة (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أقم ضربتم فى الأرض فأصابكم مصيبة الموت) الآية قالوا هذا نص الكتاب وقد قضى به رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده وقد صح عن ابن عباس أنه قال : إن قوله : أو آخران من غيركم لمن مات وليس عنده أحد من المسلمين فأمر الله عز وجل أن يشهد رجلين من غير المسلمين وصح عن شريح أنه قال ولا تجوز شهادة المشركين على المسلمين إلا فى الوصية ولا تجوز فى وصية إلا أن يكون مسافراً . وعن سعيد ابن جبير فى قوله أو آخران من غيركم أنه قال إذا كان فى أرض الشرك فأوصى الى رجلين من أهل الكتاب فانهما يخلفان بين العصر وعن الشعبي : من غيركم من اليهود والنصارى . وقضى به ابن مسعود فى زمن عثمان وقضى به أبو موسى الأشعري فى الكوفة ودرج على ذلك كثير من التابعين وتابعيهم إلى أحمد بن حنبل وغيره من فقهاء أهل الحديث ، وقد سلك الجمهور فى هذه الآية مسالك (أحدها) أن المراد بقوله « أو آخران من غيركم » من غير قبيلتكم « ثانياً ، أن المراد بالشهادة فيها إيمان الوصى بالله تعالى للورثة لا للشهادة المعروفة .

أما دعوى النسخ فلا تقبل إلا بحجة لا معارض لها ولا سبيل إليها على أنه قد صح عن عائشة فيما يرويه جبير بن نفيير أنها قالت : هل تقرأ سورة المائدة ؟ . فقلت : نعم . قالت : فإنها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه . وصرح بأنه لا مذكور فى المائدة كثير من السلف كيف

وقد ثبت العمل بمقتضاها بعد الرسول ﷺ .

وأما تأويل « من غيركم » بغير القبيلة فهذا يأباه النظم لأن أول الآية خطاب عام لجميع المؤمنين فغيرهم لا يكون إلا من الكفار قطعاً وأما حمل الشهادة على الإيمان فهو باطل من وجوه « أولاً » ان المتعارف من كلمة الشهادة في القرآن والسنة إنما هو الشهادة المعروفة فالحمل على غيرها خروج باللفظ عن ظاهره لغير دليل « ثانياً » ان اليمين لا يشترط فيها أن تكون من اثنين ولا من ذوى عدل ولا تنقل إلى آخرين من الغير ولا يشترط فيها الضرب في الأرض « ثالثاً » انه جعل الإيمان في مقابلة الشهادة بقوله « أو يخافوا أن تردوا إيمان بعد إيمانهم » فلا تكون الشهادة الإيمان « رابعاً » أن عمل الرسول في حادثة النزول مما لا يدع مجالاً للشك في ان الشهادة في الآية هي الشهادة المعروفة . فهذا وبما في الآية من وجوه ومعاني أخرى لا سبيل إلى حمل الشهادة فيها على الإيمان .

فالحق أن الآية محكمة وأن حكمها شرع دائم وأن شهادة المسلمين جائزة مقبولة في الوصية اذا كان المسلم على سفر ولم يجد أحداً من المسلمين وقد قال ابن القيم : قال شيخنا وقول الامام أحمد في قبول شهادتهم في هذا الموضع هو ضرورة يقتضى هذا التعليل قبولها في كل ضرورة حضراً أو سفراً . وقد علمت قول مالك في قبول شهادة الطبيب الكافر للضرورة وقد نقل في الدر عن الاشباه أن شهادة غير المسلم قد تقبل على المسلم بطريق التبعة أو الضرورة ومثل للشهادة التبعية بشهادة الذميين على ذمى موكله مسلم وللضرورة بشهادتهم ما على ذمى أنه أوصى الى ذمى وأحضر مسلماً عليه حق للميت وبشهادة نصرانيين ان هذا النصراني ابن الميت فادعى هذا الابن على مسلم حقاً لمورثه النصراني ففي المثال الأول تقبل الشهادة على الوكيل قصداً وعلى الموكل المسلم ضمناً وفي الآخرين تقبل على الايضاء في أولها وعلى النصب في ثانيهما . ووجهه في الدر بأن المسلمين لا يحضرون موت النصارى عادة والوصية تكون عند الموت غالباً . وسبب ثبوت النسب النكاح والمسلمون لا يحضرون أنكحهم كذلك فلم تقبل شهادة النصارى على المسلم في اثبات الايضاء الذى بناؤه على الموت وفي النسب الذى بناؤه على النكاح لادى ذلك الى ضياع الحقوق المتعلقة بالايضاء والنسب فقبلت للضرورة وقال عبد الحليم في حاشيته على الدر وفي هذا اشارة الى حادثة

الفتوى وهى ذميمة أسلم زوجها ثم مات فادعت مهرها عليه بوجه شرعى قبلت شهادة أهل الذمة بثبوت مهرها عليه لضرورة عدم حضور المسلمين نكاحهم ولا يخفى أن مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف جواز نكاح المسلم للكتابية بشهادة كتابيين وأن الفتوى عليه . ومن هنا يبين أن مبدأ قبول شهادتهم مقرر عند الحنابلة والحنفية والمالكية إلا أنهم قيدوا ذلك بالضرورة .

وقد يجد الناظر إذا أمعن النظر أولاً في مقتضى إباحة التعامل معهم والاختلاط بهم وحل طامهم و (ثانياً) في مورد قوله تعالى (وإن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً) أنه غير متصل بسبيل الشهادة والقضاء وإنما هو سبيل العزة والقهر والغلب و (ثالثاً) في أن المطلوب في الحكم إنما هو البينة التى تكشف الحق وتوضح جانبه وإن هذا يعتمد ظهور الصدق والأمانة في الشاهد لا غير و (رابعاً) في الآيات التى عرضت للشاهدين وإنما للاستشهاد عند المعاملة وإرشاد لاختيار الأفضل في الاستيثاق وليست للشهادة عند الحكم - قد يجد الناظر إذا أمعن في كل ذلك أنه لا دليل يمنع من قبول شهادة غير المسلمين على المسلمين فيما جرت العادة بوقوعه فيما بينهم من معاملات وجنايات وأنه لا يشترط في الشاهد أكثـر من أن يكون مرضياً ذا عدالة في قوله وهذا لا يمتنع أن يكون في غير المسلمين .

وإذا وصلت الى هذه النتيجة وجب عليك أن تتسامح عن السبب في أن جمهور الأئمة ذهب الى القول بمنع قبول شهادتهم على المسلمين ، ولعلك اذا بحثت عرفت أنه من قبيل تحكيم الظروف والأوقات الخاصة وليس من تحكيم الأدلة والبراهين والله أعلم بما في شرعه من تسامح وحرص على الحقوق والمصالح .

القضاء بالقرائن

اتفق العلماء على أنه لا يسوغ للقاضى أن يحكم إلا اذا قامت لديه الحجة التى تثبت الحق واتفقوا أيضاً على أن الافرار والشهادة واليمين والنكول حجج شرعية يعتمدها القاضى في قضائه ويعول عليها في حكمه . ولكنهم في الحكم بالقرينة . وهى الأمانة التى يفهمها القاضى مقارنة للحق دالة عليه .

والناظر في كتب الأئمة يرى أنهم مجمعون على الأخذ بالقرينة في الجملة ولكنهم يختلفون في تفصيل القرائن ، وفي نوع الحق الذى يصح أن يعتمد فيه على القرينة .

والذى يؤخذ من كتب الحنفية أنهم يعملون بالقرائن في حقوق العباد ولا يعملون بها في القصاص والحدود . وعلى الأول اعتبروا سكوت البكر أوضحكها قرينة على الرضا . وقبض الهبة والصدقة بحضرة المالك مع سكوته إذنا بالقبض . ووضع اليد والنصرف قرينة على ثبوت الملكية . وقبول التهنة في ولادة المولود أيام التهنة المعتادة قرينة على ثبوت النسب منه . واعتبروا علامة الكنز وقالوا ان كانت دالة على الإلزام كانت لقطة وان كانت دالة على الكفر ففيه الخمس وأمثلة ذلك أكثر من أن تحصى تجدها في كتب الدعوى وكتاب الخنى . والذبائح وغيرها غير أنهم أهدروا الاعتماد على الأوصاف وقالوا انها تتشابه فليست طريقا لمعرفة الحق كما تجد ذلك في اللقطة حيث قالوا لا تعطى إلا لمن أقام بينة أنها ملكه . وعلى الثانى لم يحكموا بالقصاص على من وجد بيده سكين وبجواره قتيل يتشطح في دمه لاحتمال أنه قتل نفسه . وقد وجد ذلك الذى يحمل السكين بجواره مصادفة . ولم يحكموا بأخذ على من وجدت حبلى ولأزواج لها ولاسيد لاحتمال إكراهها أو علوقها بغير الزنى ولا على من يشم منه رائحة الخمر أو تقاياها . لاحتمال أنه شربها ولم يعلم أنها خمر . أو إكراهه . ولا على من وجد المسروق في بيته . لاحتمال أنه وصل اليه عن طريق شرعى أو أن غيره خبأه فيه . وقد أهدروا القرائن في هذه الأنواع للاحتياط الواجب في الدماء والحدود « ادرءوا الحدود بالاثبات ما استطعتم » .

غير أن ابن الغرس قال في كتابه الفواكه البدرية . والحجة اما البيئة أو الاقرار أو اليمين أو القسامة . أو علم القاضى بما يريد أن يحكم به أو القرائن الدالة على ما يطلب الحكم به دلالة واضحة بحيث تصير في حيز المقطوع به وقد قالوا لو ظهر انسان من دار ومعه سكين في يده وهو متلوث بالدماء سريع الحركة عليه أثر الخوف فدخلوا الدار في ذلك الوقت على الفور فوجدوا بها انسانا مذبحا لوقته وهو متلطح بدمائه ولم يكن في الدار غير ذلك الرجل الذى وجد بتلك الصفة إنه يؤخذ به إذ لا يمتري أحد في أنه قاتله والقول بأن أحدا ذبحه أو ان احدا غير ذلك الرجل قتله ثم تسور الحائط فذهب احتمال بعيد لا يلتفت اليه : قال صاحب البحر . وزاد ابن الغرس سادسا لم أره إلى الآن لغيره . وقال الخير الرملى لاشك أن ما زاده ابن الغرس غريب خارج عن الجادة فلا ينبغي التعويل عليه ما لم يعضده النقل من

كتاب يعتمد فلا تغتر به وهكذا أخذ الحنفية يردون على ابن الغرس زيادة القرائن في طرق الحكم ويقولون إنه أتى به من عند نفسه مع أن سوقه حادثة القتل يدل على أنه ناقل لامبتكر .

وعلى العموم فالحنفية يرون أنه لا يعمل بالقرائن أصلاً في الحدود والقصاص . وأنه لا يعمل بما يتشابه به منها في حقوق العباد .

ويقرب من مذهب الحنفية مذهب الشافعية فانهم عملوا بالقرائن في مواضع كثيرة . قال ابن القيم في أعلام الموقعين . الشافعي اعتبر القرائن في أكثر من مائة موضع . ثم حكى جملة مسائل مما اعتبر فيه الشافعية القرائن كغيرهم . غير أنهم اعتبروا اللوث في القسامة موجباً للدية . ولم يره الحنفية كذلك أما المالكية فقد عملوا بها في الدماء والأموال والحدود وسائر الأحوال .

جاء في الشرح الكبير . لو رأى العدل المقتول يتشخط في دمه والتمهم قربه وعليه آثار دم القتل وشهد العدل بذلك فلوث فيقسم الأولياء معه ويستحقون الدم أو الدية في العمد أو الخطأ .

وجاء في قوانين ابن جزى وهو بعد الحجة . أو معرفة العفاص والوكاء في اللقطة أو لوث مع القسامة في الدماء .

وقالوا بوجوب الحد على من وجدت منه رائحة الخمر أو تقاياها .

وعلى العموم فمصنفات المالكية مملوءة بالنص على الأخذ بالقرائن وشواهد الأحوال لافرق عندهم بين الأموال والدماء .

أما الخنابلة فهم أحرص الناس على الأخذ بالسنة وقد ورد فيها كثير من الوقائع الشاهدة باعتبار القرائن . فلذلك ترى كتبهم أيضاً تزخر بتحكيم القرائن واعتبارها .

وقد جاء في أعلام الموقعين : يؤخذ بالقرائن وشواهد الأحوال في التهم فيقام الحد بالرائحة والقيء كما اتفق عليه الصحابة . ويقام حد الزنى بالحبل كما نص عليه عمر . وذهب إليه فقهاء المدينة وأحمد في ظاهر مذهبه وكذا الصحيح يقام الحد على المتهم بالسرقة إذا وجد المسروق عنده اهـ .

والخلاصة أن أوسع المذاهب في الأخذ بالقرائن المالكية والخنابلة ثم الشافعية ثم الحنفية .

ولعل الحنفية ومن حذا حذرهم في تضيق العمل بالقرائن يرون أنها تختلف قوة وضعفاً وأنها ليست مطردة الدلالة ولا منضبطة فلا يثبت بها حكم خصوصاً في الدماء والحدود التي تندرى بالشبهة ويجب فيها الاحتياط .

وكثيراً ما تبدو القرائن قاطعة فلا تلبث أن تهن وتضعف حتى يتلاشى أمرها ويظهر الواقع على خلافها .

والذي يظهر أنه لا مطمع في الوصول إلى الحق في الواقع ييقن في أكثر الوقائع ولا يتوقف الحكم عليه وإلا اضاعت أكثر الحقوق فإن أقوى الحجج الشرعية فيما يرى العلماء الإقرار والشهادة . وقد أرشدتنا الحوادث إلى أن كثيراً من الإقرارات ما يقع تحت رغبة أو رهبة ولا يمثل الواقع بحال وإن كثيراً من الشهود يبدو صدقهم ولا يرى عليهم أثر الباطل والزور ثم تسفر الحقيقة عن كذبهم الفاضح . فليس ما يعترى القرينة من اجتهال الضعف بأكثر ولا بأقوى مما يعترى الشهادة والإقرار ولقد توصل العلماء إلى قرائن قطعية لا يعترىها شك ولا يقدم عليها في وضوح دلالتها وصدقها لإقرار ولا شهادة .

وقد أفاض ابن القيم في كتابه الطرق الحكيمة في هذا المقام . بما لا يدع مجالاً للشك في الأخذ بالقرائن والتعويل عليها قال . لا يجوز لحاكم ولا لوال رد الحق بعد ما تبين وظهرت أماراته بقول أحد من الناس والمقصود أن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره ، وهي تارة أربعة شهود إلى أن قال وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها ف قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى — أى عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له ، ثم قال ولم يزل حذاق الحكم والولاية يستخرجون الحقوق بالفراسة والامارات ، فإذا ظهرت لم يقدموا عليها شهادة تخالفها ولا لإقرار ، وقال والحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الامارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد القرائن الحالية والمقالية أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحسبها يعلم الناس بطلانه .

ثم ذكر وقائع كثيرة حكم فيها القرآن والسنة بمقتضى القرائن وجرى عليه عمل الصحابة والتابعين .

فمن ذلك قيص يوسف في حادثتي إخوته وامرأة العزيز ، ومن ذلك من حكم سليمان

بين المرأتين اللتين ادعتا الولد إذ قالاً تأتوني بالسكين أشقه بينكما نصفين فقالت الصغرى وقد حكم داود للكبرى لاتفعل رحمك الله هو ابنها . فقضى للصغرى معولا على قرينة الشفقة .

وإن من يتبع المأثور عن القضاة في جميع العصور من مواقع الحكم بالقرائن ليرتاب في أن الأخذ بالقرائن والاعتماد عليها في جميع الحقوق هو الأصل الذي تدعو اليه الشريعة ويتفق مع غرض الشارع من إقامة العدل بين الناس وإيصال الحقوق إلى أربابها وإخلاء العالم عن الفساد .

هذا وقد درجت الدولة العثمانية على الأخذ بالقرائن واشتملت مجلة الاحكام العدلية على نصوص خاصة بها مادة ١٧٤١ و ١٧٤٢

وأخذت به محاكمتنا الشرعية لجاء في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية لسنة ١٩٣١ المادة ١٢٣ الأدلة الشرعية هي ما يدل عن الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة .

وبعد هذا يتبين لك أن الأخذ بالقرائن في الاحكام ليس من مبتكرات القوانين الحديثة وإنما هو شريعة إسلامية جاء بها كتاب الله وقررت السنة ودرج عليه حكام المسلمين وقضاتهم في جميع العصور ، وإن رمى الشريعة بالقصور أو الجور ناشئ عن الجهل بها وعدم الاطلاع على كتوزها ، نعم كان للمحدثين ظاهرة التنظيم والتوزيع وكل ما أوردوه من تقسيم للقرائن موجود بذاته في كتب الفقه الإسلامى لا ينقصه إلا الاسماء الجديدة .

الحجر بالسفه والدين

الحجر هو المنع من نفاذ التصرفات القولية وقد اتفق العلماء على أنه مشروع وعلى أنه قد يكون لحق الغير كالحجر على المريض فيما زاد على الثلث لحق الورثة وعلى العبد والمكاتب لحق السيد وعلى الراهن في الرهن لحق المرتهن وعلى المرتد لحق المسلمين وقد يكون لحق نفسه كالحجر على الصبي والمجنون .

واختلفوا بعد ذلك في الحجر بأسباب أخرى بعضها من النوع الاول كالحجر بسبب الدين لحق الغرماء وبعضها من النوع الثاني كالحجر على السفه والحجر بهذين السببين هو موضوع المقارنة ولنفرد كلا منهما ببحث على حدة .

الحجر بالسفه

السفه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل ولو في وجوه الخير والبر .

وقد أجمع العلماء على أن الحر إذا بلغ سفها لا يسلم اليه ماله حتى يؤنس منه الرشد لقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما الآية) ولكن أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر حقيقة الرشد بل اعتبر مظهره في تسليم المال وقدرها بخمس وعشرين سنة واعتبر غيره حقيقة الرشد وعليه فأبو حنيفة يسلمه المال إذا بلغ هذه السن ولو لم يرشد وعامة العلماء على أنه لا يسلم اليه ماله حتى يرشد ولو بلغ مائة سنة .

هذا حكم تسليم المال اليه . أما حكم تصرفات السفه فاختلفوا فيه على أقوال فذهب أبو حنيفة إلى أنه لا حجر عليه في تصرف ما . سواء أكان عما ينعقد مع الهزل كالطلاق والعتاق أم لا كالبيع والاجارة والهبة والصدقة وسواء أكان المقصود فيه المال أم لا .

وذهب الأئمة الثلاثة والصاحبان من الحنفية إلى الحجر عليه في الجملة .

ولكن اختلفوا في مدى ذلك الحجر فقل أبو يوسف ومحمد يحجر عليه في التصرفات التي تحدث الفساد ولا تصح مع الهزل كالبيع والاجارة أما التصرفات التي تصح مع الهزل ولا تحدث الفساد كالشكاح والطلاق .

والعتاق والافرار بالعقوبات فانه لا يحجر عليه فيها .

وقال الأئمة الثلاثة . لا يصح من المحجور عليه لسفه بيع ولا شراء ولا إعتاق ولا هبة ولا نكاح . من كل تصرف يقصد المال فيه أو يجب به . أما طلاقه وخلعه وظهاره فصحيح نافذ .

وسنقتصر هنا على المقارنة بين رأي من يرى الحجر ومن لا يراه تاركين تفصيل القول فيما يتخذ من تصرفاته وما لا يتخذ . وما يؤثر فيه إذن الولي وما لا يؤثر . واحتياج الحجر عليه وفكده عنه إلى حكم حاكم أو عدم احتياجه إلى كتب الفقه في المذاهب فارجع اليه إن شئت .

الأدلة

استدل أبى حنيفة بالكتاب والسنة ودلالة الاجماع والمعقول .

أما الكتاب . فعمومات البيع والهبة والاقرار والظهار واليمين . من نحو قوله تعالى (وأحل الله البيع) وقوله (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه) وقوله (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) قالوا دلت الآيات على مشروعية هذه التصرفات من غير تخصيص . والحجر على بعض المكلفين يناقض المشروعية بالنسبة إليه .

وأما السنة فما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يغبن في البيوع فجعل له رسول الله ﷺ الخيار ثلاثاً ولم يحجر عليه .

وأما دلالة الاجماع . فهي أن السفيه إذا طلق أو أقر على نفسه بالحدود والقصاص صح طلاقه وإقراره إجماعاً . ولو كان محجوراً عليه لم تصح تصرفاته في شيء ما لسلب ولايته . قالوا وإذا صح تصرفه في النفس وهي الأصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الأولى .

وأما المعقول فالسفيه عاقل حر مخاطب تصرف في خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه كالرشيد وآية ذلك أن الشارع لم يرفع عنه التكليف ولم يدر تصرفه فيما يتصل بنفسه فدل ذلك على أن الشارع لا يعامله معاملة المعتوه والصبي كيف والحجر عليه مع كونه حراً مخاطباً لإهدار آدميته التي اعتبرها وبني عليها خطابه وتكليفه . نعم التبذير ضرر ولكن إهدار الآدمية أشد ضرراً منه . ومن أصولهم . أن الضرر الأعلى لا يرتكب لدفع الأدنى وأما الحجر على المفتى المساجن وهو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها . والمسكارى المفلس . والطبيب الجاهل . فلدفع الضرر العام الذي يصيب الناس في دينهم وأموالهم وأبدانهم . على أنه كما قال صاحب البدائع . ليس حجراً شرعياً يمنع نفوذ التصرف ألا ترى أن المفتى لو أفق بعد الحجر وأصاب جاز ولو قبله وأخطأ لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الأدوية بعد الحجر نفذ بيعه وإما هو الحقيقة منع حتى من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لا من باب الحجر الشرعي .

واستدل الجمهور بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقولہ تعالیٰ من آية المداينة (فان كان الذى عليه الحق سفيفاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) جعل له ولما فدل على أنه مولى عليه ولا يكون ذلك إلا بعد الحجر عليه .

أما السنة . فما رواه الشافعى عن محمد بن الحسن عن أبى يوسف عن هشام بن عروة عن أبيه . وأخرجه أيضاً عن الديلمى عن عروة قال ابتاع عبد الله بن جعفر بيعاً ، فقال على رضى الله عنه لا تين عثمان فلا حجرتك عليك فاعلم ذلك ابن جعفر الزبير فقال أنا شريكك فى بيعتك فاق عثمان رضى الله عنهما وسأله الحجر عليه فقال الزبير أنا شريكه . فقال عثمان احجر على رجل شريكه الزبير وقد كان عبد الله اشترى أرضاً سبعة بستان ألف درهم — دلت القصة على مشروعية الحجر على السفيف . من وجوه ثلاثة سؤال على الحجر وعدم انكار الصحابة عليه فى ذلك . وجواب عثمان له بأنه لا يحجر على من كان شريكه الزبير فلو كان غير مشروع لما سألته على ولا نكر عليه الاصحاب ولكان جواب عثمان أن الحجر غير مشروع . ولما احتال الزبير فى دفع الحجر عنه بشرسته فى بيعه .

وجاء فى الزيلعى أن عائشة رضى الله عنها كانت تصدق بما لها حتى روى أنه كان لها ربايع فهمت ببيعها للتصدق بشئها فباغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لانهين عائشة أو لا حجرتك عليها .

وقد استدل على جواز الحجر على السفيف برده عليه السلام . صدقة الرجل الذى تصدق بأحد ثوبيه كما أخرجه أصحاب السنن وصححه الترمذى وغيره وبرده عتق من أعتق عبداً له عن دبر ولا مال له غيره . وترجم عليه البخارى . باب من رد أمر السفيف والضعيف العقل وإن لم يكن حجر عليه الامام .

أما المعقول فهو أن التصرفات شرعت لمصالح العباد وليس من المصلحة أن يمكن منها من لا يهتدى إلى وجوها النافعة ويمجر بسوء تصرفه على نفسه المضرة والمفسدة ولهذا رأينا الشارع يحجر على الصبي لأن الصبا مظنة الهفـه وعدم الاهتمام إلى التمييز بين الضار والنافع فلا تـ حجر على من يـقن سفـه أخرى وأولى ولهذا منع الشارع منه المال وغياه بأيناس الرشد قال تعالى . (ولا تؤتوا السفهاء

أموالكم التي جعل الله لكم قياما . الآية) قالوا ومنع المال مع القول بنفاذ التصرف لا يفيد لأن ما منع من يده يتلفه بلسانه فمكان الحجر عليه انظر له .

هذه أدلة الفريقين وقد انتصرت كتب الحنفية لمذهب الامام وأخذت تناقش أدلة الجمهور بمناقشات حاولت بها أن تضعف من شأنها وأكثرهم محاولة في التلخيص من أدلة الجمهور الزيلعي في كتابه تبيين الحقائق والناظر في هذه المناقشات لا يكاد يجد فيها شيئا ذا نفع أو غناء فحادثة عبد الله بن جعفر لا مدفع لدلائلها على مشروعية الحجر ولا يرتاب انسان في أن السفه مضيعة للمال وأن حفظ المال من المقاصد الضرورية الشرعية وأن الحجر على السفهاء سبيل متعين لذلك الحفظ وأما حديث اهدار الآدمية فاعتبار ملغى بنص الشارع على منع السفهاء أموالهم والأمر برزقهم وكسوتهم فيها ولا يبعد أن يكون في الحجر عليهم اصلاح لهم وسبيل إرجاعهم عن سفهم وأما العمومات التي ذكرت في الاستدلال لآبي حنيفة فلا تنهض حجة لاثبات المطلوب لأنها جاءت لاثبات أصل مشروعية هذه التصرفات غير متعرضة لبيان من له أهلية تلك التصرفات فلا تقوى على معارضة النصوص الخاصة التي وردت بمنع فاقد الأهلية من مباشرتها وأما حديث منقذ بن حبان فلا دلالة فيه أيضا لأنه لم يبلغ الأمر به حدا يوجب الحجر وغايته أنه جاء يطلب من النبي ﷺ مخلصا من البياعات التي يغبن فيها أحيانا فهداه النبي ﷺ إلى اشتراط الخيار . إذا بايعت فقل لا خلا به ولى الخيار ثلاثة أيام وأما اتفاقهم على جواز طلاقه وإقراره بالحد والقصاص فلا يلزم منه عدم الحجر عليه في التصرفات المالية . لأن المعنى الموجب للحجر لا يتصل بها . ولأن النفس ليست مظنة الاسراف والتفريط فلا يلحق بها غيرها .

هذا وقد جرى العمل بالحكام الشرعية والمجالس الحسينية على قول الجمهور باعتباره أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة . قال صاحب التوير ويقولها يفتي وصرح بذلك قاضيخان وصاحب المنح . اهـ

الحجر بالدين

متى لزم الانسان ديون حالة لا يفي ماله بها وطلب غيره ماله الحجر عليه اختلف

العلماء فيه . فذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق إلى عدم إيجابتهم في الحجر عليه . وإلى أنه لا يملك الحاكم بيع ماله جبراً عليه . وإنما يحبس حتى يقضى دينه بأي طريق كان إن شاء يبيع ماله ويقسمه الغرماء بالخصص . وإن شاء بطريق آخر .

وذهب الأئمة الثلاثة ووافقهم أبو يوسف ومحمد إلى أن القاضي يحجر عليه ويمنعه من التصرفات الضارة بالغرماء كالإقرار والبيع بأقل من القيمة . وللقاضي أن يبيع ماله إن امتنع من بيعه ويقسم ثمنه بين الغرماء بالخصص .

• • •

استدل أبو حنيفة بأن في الحجر إهدار آدميته فلا يرتكب لدفع ضرر خاص أدنى منه وبأن التراضي شرط في البيع بالنص ولم يوجد الرضا يبيع الحاكم فيكون باطلاً وقد قال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه وقال بقياس البيع على الإجارة والنكاح . فكلا لا يملك الحاكم إجارته ولا تزويجها ليقضى دينه من أجرته ودينها من مهرها فكذلك لا يملك البيع . وليس البيع متعينا طريقاً للقضاء لأنه يمكن بوجوه آخر كالاستقراض والانهاب والسؤال . والحبس سبيل إلى قضاء الدين ودفع الضرر عن الغرماء .

واستدل الجمهور . بما رواه الدارقطني عن كعب بن مالك . أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه . وفي رواية أخرى كان معاذ بن جبل شاباً سخياً . وكان لا يملك شيئاً فلم يزل يدين حتى أغرق ماله كله في الدين فأقن النبي ﷺ فسكاهم ليحكم غرماء فلوتركوا لأحد لتركوا لأجل رسول الله فباع رسول الله ﷺ لهم ماله حتى قام معاذ بغير شيء .

قالوا : ولأن في الحجر عليه نظراً للغرماء كيلاً يلحق بهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من عظيم لا يمكن أن يتزعم منه ثم يذتفع به من جهته ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه فإذا امتنع قام القاضي مقامه كما في الجب والغنة والاباء عن الاسلام ولأنه إذا ثبت من الشرع الحجر على المريض لحق الورثة فأحرى أن يكون المدين محجوراً عليه لحق الغرماء .

هذه أدلة الفريقين . ويتضح بقليل من النظر قوة حجج الجمهور وليس بعسير بعد مناقشة أدلة الإمام في الحجر بالسفاهة مناقشة أدلته في هذا المقام .

فقياس البيع على الإجارة والتزويج قياس مع الفارق لأن الحر ليس بمالاً ،

ولا النكاح لم يشرع سبيلا لتحصيل الاموال ووفاء الديون . والانهاب وأخواته طرق موهومة لا تتفق لكثير من الناس في كثير من الاحيان فلا يتعلق بها قضاء الواجب الثابت حقا للعباد هذا وقد نص في الاختيار على ان الفتوى بقول الصاحبين وهو قول الجمهور

انتفاع المرتهن بالمرهون

أجمع العلماء على ان الرهن مشروع للاستيثاق بالدين . ولكنهم اختلفوا في مدى هذا الاستيثاق فرأى الحنفية أنه بالحبس الدائم تحت يد المرتهن الى أن يستوفى دينه ورأى الشافعية أنه بمجرد تعليق الدين بالمعين. المرهونة استيفاء منها بالبيع وصيرورة المرتهن أولى بالرهن بحيث يقدم على سائر الغرماء . وعلى هذا الاصل قال الحنفية ووافقهم الثوري . ليس الراهن أن ينتفع بالرهن بوجه من وجوه الانتفاع . وليس له أن يتصرف فيه أى تصرف الا اذا أذن له المرتهن وعندئذ يخرج من الرهن اذا فات الحبس .

وقال الشافعي وأحمد ومالك وابن أبي ليلى وابن المنذر الراهن اجارته واعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين وله التصرف فيه بما لا ينقصه أو يخرج به عن الملك . وكما نفع على الخلاف في الاصل السابق الخلاف في حكم انتفاع الراهن بالرهن كما رأيت تفرع عليه أيضا اختلافهم في أمور أخرى كجواز الاسترداد الى الراهن وعدمه وكسريان حكم الرهن الى الولد : وكجواز رهن المشاع وعدمه . والكلام في الموازنة بين الرأيين واستيفاء ما يتعلق بهما ليس بما يتناول موضوعنا الذى ينحصر كما جاء في المنهاج في انتفاع المرتهن بالرهن . ومن المهم ألا يحرم طالب الفقه نفسه من الوقوف على وجهة نظر الفريقين في هذا الموضوع الحيوى .

أما حكم انتفاع المرتهن بالرهن . فينبغى أن يعلم أولا أن الرهن ليس عقد تمليك عين ولا منفعة عند أحد من العلماء . وانما المستحق به الحبس أو حق الاختصاص على الرأيين المتقدمين . وعلى هذا وقع إجماعهم على أن عين الرهن ومنافعه ملك للراهن وان المرتهن لا يملك الانتفاع بشيء من الرهن فيما إذا لم يأذن له الراهن . ولم يكن الرهن مركوبا ولا مخلوبا . أما اذا أذن له للراهن أو كان الرهن مركوبا أو مخلوبا فهو موضع تفصيل واختلاف بين العلماء واليك البيان .

جاء في معتبرات كتب الحنفية . ان اذن الراهن يبيع المرتهن أن ينتفع بالرهن

سواء شرط الانتفاع في صلب العقد أم لا . وقيل لا يحل له الانتفاع إن شرطه في العقد لأنه قرض فيه منفعة . ونقل صاحب المنع عن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندي أنه لا يحل للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن بوجه من الوجوه وإن أذن له الراهن لأنه إذن له في الربا لأنه يستوفي دينه كاملاً فتبقى له المنفعة فضلاً فيكون ربا . وهذا أمر عظيم وإذا لاحظنا أن المعروف عرفاً كالمشروط وأن الناس إنما يريدون الانتفاع عند الدفع ولولاه لامتنعوا عنه . ظهر ألا فارق بين القولين الآخرين وأنها متفقان على المنع في مثل زماننا هذا .

وقال أحمد والشافعي أن الراهن إذا أذن للمرتهن في الانتفاع وكان دين الرهن قرضاً لا يجوز لأنه قرض يجر نفعاً . وإذا كان ديناً غير القرض جاز وقيد مالك الجواز في الحالة الثانية بما إذا كان الاذن في صلب العقد وكانت مدة المنفعة معلومة قال في متن خليل وشرحه وجاز للمرتهن شرط منفعة أي الرهن لنفسه بجائز بشرطين أشار للأول بقوله أن عيقت مدتها للخروج من الجهالة في الاجارة وللثاني بقوله وكان ببيع أي واقعا في عقد بيع لافي عقد قرض . لأنه في البيع بيع وإجارة وهو جائز وفي القرض سلف جر نفعاً وهو لا يجوز .

أما إذا لم يأذن الراهن وكان المرهون مركوباً أو محلوباً فالجمهور على أنه لا يحل له الانتفاع أصلاً : وذهب أحمد وإسحاق والليث والحسن وجماعة إلى أنه يجوز الانتفاع بهما ركوباً وحلباً بقدر النفقة عليهما .

استدل الجمهور بما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ (لا يفلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه) جعل الشارع الغنم والغرم للراهن فلا يملك المرتهن شيئاً منه إلا بإذنه . وقالوا قد اتفق العلماء على أنه لا يملك للمرتهن فيه فهو والاجنبى فيه سواء .

واستدل الحنابلة بما روى البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة (قال : قال رسول الله ﷺ . الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة) .

جعل منفعة الرهن بنفقته وهو عين محل النزاع فلا يقال إن المراد به الراهن ينفق وينتفع لأن انتفاع الراهن بحق الملك لا بطريق المعارضة بين النفقة والانتفاع كما هو نص الحديث . على أنه قد جاء في بعض الروايات إذا كانت الدابة مرهونة

فعلى المرتهن علفها وابن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته .

وقد ناقش الجمهور استدلال الخنابلة بهذا الحديث حتى قال ابن عبد البر هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها لحديث ابن عمر عند البخارى وغيره لانتحاب ما شية امرىء بغير إذنه ولا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه وقالوا إن هذا الحديث يخالف القياس من وجهين تجوز الانتفاع لغير المسالك بغير إذنه والتضمنين بالنفقة لا بالقيمة .

قال الشوكاني إن حديث الجمهور مختلف في وصله وإرساله ورفع روقفه وذلك يوجب عدم انتهاضه لمعارضة ما في صحيح البخارى وغيره من حديث الظهر يركب الخ وقال إن السنة الصحيحة من الاصول المجمع عليها فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع ، وحديث ابن عمر عام وحديث الظهر خاص فيبنى العام على الخاص والفسخ لا يثبت إلا بدليل يقضى بتأخر النسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان . اه على أن الخنابلة يقولون بموجب حديث الجمهور كما قال ابن قدامة في المغنى ان الثناء للراهن ولكن المرتهن ولاية صرفه إلى النفقة لثبوت يده عليه وولايته .

هذا وقد اختلف الخنابلة في غير المحلوب والمركوب هل يجوز المرتهن أن ينفق عليه وينتفع به . فظاهر المذهب المنع مطلقا . ونقل حنبل عن أحمد أن له ذلك في الحيوان لافي غيره وقال أبو بكر خالف حنبل أجماعة والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء الا ما خصه الشرع به فان القياس يقتضى ألا ينتفع بشيء منه وقد تركناه في المركوب والمحلوب للأثر ففما عداه يبق على مقتضى القياس .

هذا والناظر فيما تقدم يتضح له رجحان مذهب أحمد في هذه المسألة أما انتفاع الراهن فانه اذا لوحظ أنه لا يجوز انتفاع المرتهن بشيء من الرهن وقلنا انه لا يجوز انتفاع الراهن أيضا كما ذهب اليه الحنفية والثورى كان ذلك تعطيلا للراهن وتضييعا للمال . وقد نهى النبي ﷺ عن اضاعة المال ولا يقتضى الاستيثاق بحبس الرهن منع الانتفاع به من الراهن لأن المستأجر يكون نائبا عن المرتهن في الامساك والحبس ومستوفيا لمنفعته بنفسه ولا يتنافى عقد الإجارة مع كونه رهنا وهذا يتبين رجحان مذهب الجمهور في انتفاع الراهن حتى لا يكون الرهن معطلا اذا لم يتفق المرأهناز والله أعلم .

اختلاف الدارين في الميراث

اتفق العلماء على أن الكافر لا يرث المسلم . وكذلك اتفقوا على أن المسلم لا يرث الكافر إلا فيما يروى عن عمر ومعاذ ومعاوية من أنه يرثه قال صاحب المغنى : وليس بموثوق به عنهم فإن أحمد قال ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر . والذي عليه العمل وعامة الفقهاء أن اختلاف الدين بالاسلام والكفر يمنع الإرث من الجانبين . وكذلك اتفقوا على أن أهل الملة الواحدة من الكفار يرث بعضهم من بعض إذا اتحدت دارهم .

واختلفوا في موضعين أحدهما إذا اختلفت مللهم والثاني إذا اختلفت دارهم ففي الأول ذهب أبو حنيفة وألشافعى وداود إلا أن الكافر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا . وذهب أحمد وهو رواية عن مالك إلى أن الكافر ملل مختلفة ولا يتوارث أهل ملتين شتى وندع تفصيل القول في هذا منتقلين إلى موضوع المقارنة وهو الثاني .

وذهب أبو حنيفة إلى أن اختلاف الدارين مانع من التوارث بين الكفار ويجدر بنا أولا أن نبين ما به يختلف الدار .

جاء في السراجية وشرحها للسيد الشريف . والدار إنما تختلف باختلاف المنعة أى العسكر واختلاف الملك لانقطاع العصمة فيما بينهم كأن يكون مثلاً أحد المملوكين فى الهند وله دار ومنعة والآخر فى الترك وله دار ومنعة أخرى وانقطعت الصلة فيما بينهما حتى يستحل كل واحد منهما قتال الآخر وإذا ظفر رجل من عسكر أحدهما برجل من عسكر الآخر قتله فهاتان الداران مختلفتان .

ويتبين من هذا أن اختلاف الدار لا يتحقق إلا بأمور ثلاث . اختلاف الملك . اختلاف المنعة . انقطاع العصمة . وأن انقطاع العصمة يكون باستحلال كل من الجيشين قتال الآخر .

قالوا : واختلاف الدارين لا يكون مانعا من التوارث بين المسلمين لأن الاسلام يجمعهم وهو داع الى التعاون والتناصر . والاختلاف بين المسلمين فى المنعة . وانقطاع العصمة طارىء لا يلبث أن يزول بالتفاهم حول راية الإسلام ورجوعهم إلى كلمة الحق ، وبذلك لا تنقطع الولاية الشابتة بالإسلام (والمؤمنون بعضهم أولياء بعض) .

وبناء على ما تقدم قالوا بالتوارث بين أهل البغى وأهل العدل وإن اختلفت المنعة والملك . وقالوا لا يرث ذمى فى دار الاسلام قريبه الحربى الذى مات فى دار الحرب لأن الذمى من أهل دار الاسلام والحربى من أهل دار الحرب فالداران مختلفان حقيقة . وكذلك لا يتوارثان إذا كان الحربى قد دخل دار الاسلام بأمان لانهما وإن كانا فى دار واحدة حقيقة وهى دار الاسلام إلا أن المستأمن له حكم دار الحرب لتمكنه من الرجوع اليها . فدارهما مختلفة حكما وكذلك الحربيان من دارين مختلفين يدخلان دار الاسلام بأمان فيموت أحدهما لا يرثه الآخر لانهما مختلفا الدار حكما . وكذلك لو ظل كل منهما فى داره ومات أحدهما لا يرثه الآخر لاختلاف دارهما حقيقة .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن اختلاف الدار ليس بمانع من الميراث وعن هذا قالوا يرث أهل الحرب بعضهم بعضا وإن اختلفت ديارهم .

احتج الحنفية بأن الارث مبنى على الولاية والنصرة والتعاون . وهى تنعدم باختلاف الدار فلا توارث حيثئذ . ولا نعلم لهم حجة غير هذا .

قال صاحب المغنى ولا نعلم فى هذا كله حجة من كتاب "ولا سنة .

وأما الجمهور فقد استدلوا بأن العمومات الواردة فى الميراث تقتضى توارثهم ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس فيجب العمل بعموم النصوص .

هذا والناظر فى كلام الحنفية يتبين لهم أنهم لا يريدون من اختلاف الدارين المانع من الميراث مجرد اختلاف الجنسية كالمصرية والانجليزية . والالمانية والإيطالية حتى يكون الحكم عندهم عدم التوارث بين الانجليزى والفرنسى وسائر أفراد الامم المختلفة وإنما يريدون منه معنى أخص من الجنسية هو ما تدل عليه الاركان الثلاثة التى لا بد منها فى تحقق اختلاف الدار . ولا ريب أن تحقق هذه الاركان مرهون بحالة الحرب فقط . أما فى حالة السلم فليس بين الدول إلا التعاون وتبادل المنافع . وكثيرا مايكون بين بعضها محالفات ومعاهدات تنص على التناصر واحترام كل منهما حقوق الاخرى وقوانينها : ولا يمكن مع هذا أن يقال أن بين هذه الامم انقطاع عصمة فتقطع الولاية فيمنع التوارث الذى يتحقق سببه .

ولاشك أن حالة الحرب من الحالات الطارئة . والتى تقضى الانسانية المشتركة بالمسارعة الى تلافياها والرجوع بالناس الى مبدأ السلم العام . فليست دائمة بين الامم

حتى يناط بها حكم الميراث المبني على القرابة والصلة الثابتة وقد ألغى الشارع مثل هذه الحالة الطارئة فيما بين المسلمين لان حكم الاسلام عام يرد المسلمين الى حظيرة واحدة . فكذاك حاجة الناس كافة الى السلم ونفرتهم من الحرب وما يتصل بهذا من المعاهدات التي تربط الامم كل هذا يجعل مختلف الجنسيات كأمة واحدة وهذا هو الذي نراه اليوم بين الدول وأفرادها فالامان سائد والحقوق محفوظة والدماء محقونة والاموال معصومة فلا سبيل الى القول بانقطاع الولاية بينهم واعتبار حالات الحرب الطارئة أساساً لحكم عام .

وإذا علمت أن الشارع يرعى اليهود والمواثيق الى حد أن قال في شأن المؤمنين الذين كانوا مقيمين بين الكفار (وان استنصروكم في الدين فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق) لا تردد في أنه لا يرى اختلاف الدار مانعاً من الميراث في زمن اعتمدت الامم جميعاً في شئونها الاجتماعية والسياسية والتجارية على نصوص المعاهدات والقوانين لدولية العامة والخاصة

ومن هنا يظهر أن مذهب الجمهور هو الراجح الذي ينبغي أن يكون عليه العمل في الميراث .

هذا وقد اخذت لجنة الاحوال الشخصية (المشكلة في سنة ١٩٣٧ للنظر في تعديل قانون الاحوال الشخصية) أن اختلاف الدارين غير مانع من الارث نقد جاء في المادة السادسة في مشروعها اختلاف الدارين غير مانع من الارث مالم تكن شريعة البلد الذي يتبعه الاجنبي غير المسلم مانعة من ارث الاجنبي . وقد جاء في المذكرة التفسيرية مانعه .

اختلاف الدارين غير مانع من الارث فيما بين المسلمين بالاتفاق .

واختلف الائمة في أنه مانع من موانع الارث بالنسبة لغير المسلمين فذهب الحنفية الى أنه مانع من الارث . وذهب الامامان مالك وأحمد الى أنه غير مانع فروى الاخذ بهذا الرأي تحقيقاً للتسوية بين المسلمين وغيرهم في هذه الحالة وقد اقتضى تحقيق المساواة بين المصريين والاجانب أن يكون اختلاف الدارين مانعاً من الارث بالنسبة للوارث غير المسلم التابع لدولة غير اسلامية لا تجيز شريعتها ارث الاجنبي . وظاهر أن اختلاف الدارين لا يتحقق بين دارين اسلاميتين لان الاسلام يجمعهما .

ومن الواضح أن اللجنة أخذت بالرأين معاً في صورتين مختلفتين ففي صورة ما إذا كانت إحدى الدولتين لاتورث الاجنبي أخذت بمذهب أبي حنيفة وفيما إذا كانت تورثه أخذت بمذهب الجمهور . ومن المقرر أن للوالى أن ينخير تبعاً للمصلحة ما يحكم به قضاته .

الجد مع الاخوة فى الميراث

اتفق العلماء على أن الأب يحجب الجد — وعلى أن الجد يقوم مقام الأب فى الإرث بالفرض فقط عند الفرع الوارث المذكر . وبالتعصيب فقط عند عدم الفرع الوارث مطلقاً . وبهما معاً عند الفرع الوارث المؤنث واتفقوا أيضاً على أن الأب والجد يحجبون الاخوة لام .

وعلى أن الأب يحجب الاخوة الأشقاء والاخوة لأب . واختلفوا فى أن الجد يقوم معهم مقام الأب فيحجبهم . أو لا يقوم مقامه فلا يحجبهم . وهذه مسألة المقارنة فذهب أبو بكر الصديق وجمهرة من الصحابة رضوان الله عليهم إلى الأول وبه قال أبو حنيفة والمزنى وابن سريج من أصحاب الشافعى . وذهب على وابن مسعود وزيد بن ثابت إلى الثانى . وهو قول مالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد . ثم اختلف هؤلاء فى كيفية توريثهم على مذاهب ترك تفصيلها إلى كتب المواريث فالرجع إليها إن شئت .

استدل لمذهب على ومن معه أولاً بقياس الأخ على الابن بجامع أن كلا منهما ذكر يعصب اخته فكما لا يحجب الجد الابن كذلك لا يحجب الاخوة . وثانياً . ان الأب والجد يستويان فى سبب الاستحقاق فان كلا منهما يدلى الى الميت بالأب فالجد أبوه والاخ ابنته . وقراءة البتة للاب لا تنقص عن قرابة الأبوة الثابتة للجد بل ربما كانت أقوى لان الابن يسقط نصيب الأب . وإذا ثبت استواءهما فى سبب الاستحقاق فلا موجب لحجب الجد الاخوة .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه مثل الجد فى تلك الحالة بشجرة أنبتت غصناً فانفرد منه غصنان فان كلا منهما أقرب إلى الآخر منه إلى الشجرة . وعن زيد أنه مثله بواد خرج منه نهر انفرد منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادى . والمثالان من باب واحد يؤيدان أن الاخ أشد قرباً لاخته

من جده فلا يصح أن يحبس الجدة من ميراث أخيه .

واستدل لمذهب أبي بكر ومن معه . أولاً بقوله ﷺ (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى عصبة ذكر) والجدة أولى من الأخ من جهة المعنى ومن جهة الحكم أما من جهة المعنى فلأن القرابة التي بين الميت وجده قرابة إيلاد وبعضية وليست كذلك القرابة التي بينه وبين أخيه . وأما من جهة الحكم فالجدة لا يسقط بازدياد الفروض لأنه ذو فرض ويسقط الأخ باستغراق الفروض لأنه عصبة . والجدة لا يسقطه إلا الأب وأما الإخوة فيسقطون بالأصل والفرع والجدة يرث بالفرض والتعصيب كالأب وهم لا يرثون إلا بالتعصيب . والجدة يسقط أولاد الأم مع أن أولاد الأم يسقطون ولداً الأب عند استغراق الفروض فلأن يسقطه الجدة من باب أولى وهذه وجوه أولوية الجدة عن الأخ في باب الميراث خاصة أما أولويته عنه في باب غير الميراث فأكثر من أن تحصى . منها أنه لا يقتل بقتل ولد ولده والأخ يقتل بقتل أخيه وأن شهادته لولد ولده لا تقبل وشهادة الأخ لأخيه مقبولة وأنه إذا زوج الصغير أو الصغيرة لم يكن لها خيار عند البلوغ بخلاف الأخ وأنه لا ولاية للأخ في التكاح مع وجوده وأن حليلة الجدة أو حليلة ولد الولد محرمة تأييداً على الآخر بخلاف حليلة الأخ . وأن الجدة لا تقطع بسرقة مال ولد الابن ويمنع من دفع زكاته إليه وغير ذلك من الأحكام التي يشبه الجدة فيها الأب ويقوم مقامه ولا كذلك الأخ . فثبت بهذا أن الجدة أولى في التعصيب من الأخ وأنه في أكثر الأحكام قائم مقام الأب فليقم مقامه في حجب الأخوة عن الميراث .

وثانياً - نظراً لما هو مقرر من التحاق الجدة بالأب من جهة المعنى والحكم كما تقدم جاء القرآن واللغة بتسمية الجدة أبا قال الله تعالى (ملة أبيكم إبراهيم) وقال على لسان يوسف (واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب) وقال (كما أتمها على أبيك من قبل إبراهيم وإسحاق) وقال (كما أخرج أبويكم من الجنة) وقال (أنتم وآباؤكم الأقدمون) وجاء في حديث المعراج (هذا أبوك آدم وهذا أبوك إبراهيم) وفي حديث آخر أرموا بني إسماعيل فإن أباكم كان رامياً . وكما جاء تسمية الجدة أبا جاء تسمية ابن الابن ابناً قال تعالى (يا بني آدم . يا بني إسرائيل) . وفي الحديث (أرموا بني إسماعيل) وإذا ثبتت النبوة لولد الولد فمن المحال ألا تثبت الأبوة لأب

الآب لأن الآبوة والبنوة من الأمور المتضايقة فيمتنع ثبوت إحداهما بدون الأخرى وإذا كان الجد أباً وجب أن يحجب الآخوة . وكيف لا يكون الجد أباً ونسبته إلى الآب في العمود إلا على كمنسبة ابن الإبن إليه في العمود الأسفل فهو يدل إلى الميت بأبيه وابن الإبن يدل إلى الميت بابنه فإذا كان ابن الإبن ابناً فكذلك يكون أب الآب أباً وهذا معنى قول ابن عباس (ألا يتقى الله زيد ؟ يجعل ابن الإبن ابناً ولا يجعل أب الآب أباً) .

وبالمقارنة بين قرابة الجد وقرابة الأخ تجد أن الجد في عمود الأصل كابن الإبن في عمود الفرع . وأن الأخ ليس في هذا ولا ذاك وإنما يشارك الميت في أصله . وهذه المشاركة هي بنوة الأخ لآب الميت . والبنوة التي أقرب من الآبوة هي البنوة المنسوبة للميت لالمنسوبة لأبيه . والمتحقق في الأخ هي الثانية لا الأولى . وأبوة الجد مهما علت منسوبة للميت . وبنوة أخ الميت لأبيه لا تنسب إلى الميت بحال فكيف تكون أقوى من أبوة الجد المنسوبة إليه بوجه ما . فظهر أن القول بأن الأخ يدل بالبنوة والجد يدل بالآبوة والبنوة أقوى من الآبوة مغالطة ظاهرة . فالجد أب والأخ ليس ابناً . والجد سبب والأخ لاحق فالجد مقدم على الأخ . وأما قياس الأخ على الإبن ففساده ظاهر فليست العلة في عدم حجب الجد للإبن ما ذكر حتى يصح إلحاق الأخ به أما التمثيل بالشجرة والفصنين والرادى والنهرين كما جاء ذلك عن علي وزيد رضي الله عنهما فتمثيل يتنافى مع قاعدة القرابة في باب الفرائض لأن المعروف فيها أن القرابة التي هي من جنس واحد وإن بعدت أقوى من القرابة المركبة من جنسين وإن قربت . ولا شك أن قرابة الجد قرابة بسيطة هي قرابة الآبوة . وأما قرابة الأخ فقرابة مركبة من بنوة الأخ وأبوة أب الميت . ومن أجل ذلك قدمت قرابة جد الجد وإن علا على قرابة ابن الأخ وعلى العم لأن القرابة التي يدل بها الجد من جنس واحد وهي الآبوة والقرابة التي يدل بها الأخ وبنوه من جنسين وهي بنوة الآبوة للميت . ولقوة البسيطة في جميع حلقاتها قدم الأقصى فيها على من يقدم عليه الأدنى . فقدم ابن ابن الإبن على من يقدم عليه الابن وابن ابن الأخ على من يقدم عليه الأخ وهكذا .

والتمثيل المذكور يفضى إلى القول بقوة المركبة على البسيطة وتقديمها عليها وهو ما لا نظير له في باب التعصيب .

قال ابن القيم ناكساً عليهم القضية (بل النهر الأعلى أولى بالجدول من الجدول الذى اشتق منه وأصل الشجرة أولى بغصنها من الآخر . فان هذا صنوه ونظيره الذى لا يحتاج اليه . وذلك أصله وحامله الذى يحتاج اليه واحتاج الشيء إلى أصله أقوى من احتياجه إلى نظيره . فالأصل أولى بالشيء من النظير) .

هذا . وقد جرت لجنة الأحوال الشخصية في سنة ١٩٣٧ على الأخذ بقول من لا يرى حجب الجد للاخوة فقد جاء في المادة ١٣ ما نصه . يحجب الجد الصحيح بالاب وعند عدمه تمكون له أحواله المبينة في المادة ١١ غير أنه يخالفه فيما يأتي .
أولاً — لا تحجب الاخوة والاختوات لابوين أو لاب بالجد ويكون ميراثه معهم على الوجه المبين في المواد ١٤ — ١٥ — ١٦ . وأكملت المادة بقية وجوه الخلاف بينه وبين الاب مما لا يتصل بموضوعنا وهاك نص المواد المذكورة .

مادة ١٤ — للجد مع الاخوة والاختوات لابوين أو لاب حالتان الاولى أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكورا فقط أو ذكورا وأنثا أو أنثا عصبين مع الفرع الوارث من الاناث . الحالة الثانية أن يأخذ الباقي بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الاناث
مادة ٥ — إذا كانت المقاسمة أو الارث بالتعصيب على ما هو مبين في المادة السابقة تحرم الجد أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض ورد إلى السدس

١٦ — لا يعتبر في المقاسمة من كان محجوباً من الاخوة أو الاختوات لاب

وقد جاء في المذكرة التفسيرية أنه رؤى الأخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الاخوة مع الجد لظهور المصلحة في الأخذ بهذا الرأي فكثيراً ما يموت الشخص حال حياة أبيه فيرثه والده وأولاده ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده وإخوته فيحجب الجد الاخوة ولا يأخذ أحد منهم شيئاً مع أن الجد يكون غنياً فإذا مات ترك الأولاد جميع ماله بما في ذلك ما أخذه عن أولاد ابنه ، وبذلك يتفرد أولاد الجد بجميع ماله ولا يأخذ أولاد ابنه شيئاً منه فكان في الأخذ بغير المذهب المعمول به رعاية لهؤلاء الاخوة الذين لا ينالون شيئاً من تركه جدهم .

توريث ذوى الأرحام وبيت المال

اتفق العلماء على أن أصحاب الفروض المقدرة في كتاب الله مقدمون على غيرهم في الميراث وعلى أنه لما بقي شيء من التركة يكون للعصبات بالترتيب المشروح في كتب الفرائض . واختلفوا فيما إذا لم يكن هناك عصبية فذهب على ومن وافقه وبه أخذ الحنفية إلى أن الباقي يرد على ذوى الفروض النسبية بقدر حقوقهم وإذا لم يوجد من يرد عليه فالمال لذوى الأرحام .

وذهب زيد بن ثابت إلى أنه لا رد على ذوى الفروض ولا لارث لذوى الأرحام وإنما يوضع المال عند عدم العصبات في بيت المال وبهذا قال مالك والشافعي إلا أن المذنب وابن سريج من الشافعية قالوا بتوريثهم وبه أفتى متأخروهم نظراً لفساد بيت المال وبذلك يكون الخلاف في مسألتين الرد على ذوى الفروض عند عدم العصبية . توريث ذوى الأرحام وموضوع المقارنة المسألة الثانية .

استبدل من لا يرى توريث ذوى الأرحام . أولاً . بأن الفرائض توقيفية لا مجال للرأى فيها . وقد بين في آيات الموارث نصيب أصحاب الفروض والعصبات ولم يذكر لذوى الأرحام شيئاً . فلو كان لهم حق في التركة ما تركه فن جعل لهم حقاً فقد زاد على النص . والزيادة على النص لا تثبت بخبر واحد ولا بالقياس . فبقوا على الأصل وعدم الاستحقاق . وخلاصة الدليل أن الميراث لا يثبت إلا بالنص ولا نص في ذوى الأرحام . و ثانياً ، بما أخرجه أبو داود والدارقطني والنسائي أن النبي ﷺ قال : سألت الله عز وجل عن ميراث العمة والحالة فسألتني أن لا ميراث لهما .

قالوا وقد وصله الحاكم والطبراني وروى له الحاكم شاهداً مرفوعاً من حديث شريك بن عبد الله . قالوا وإذا لم يكن ميراث للعمة والحالة من ذوى الأرحام فلا ميراث لغيرهما إذا قاتل بالفصل . ثالثاً ، بأن انضمام العمة وابنة الأخ إلى أخويهما لا يجعل لهما حقاً في الميراث مع تقوية الأخوين لهما فن باب أولى لا يرثان عند انفردهما وقد عهد تقوية الأخ في بنات الابن والأخوات من الأب فانهن يأخذن إذا كان معهن ولا يأخذن منفردات .

استدل الحنفية والحنابلة (أولا) بقوله تعالى في سورة الأحزاب : (وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا كان ذلك في الكتاب مسطورا) .

ووجه الاستدلال أن الآية أثبتت عموم أولوية ذوى الأرحام بعضهم لبعض فتشمل جميع الأقارب وفيهم القريب الذى ليس بعاصب ولا صاحب فرض وكذلك استدلوا بقوله تعالى : (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون) وهى كما ترى عامة فى جميع أنواع القرابات واستدلوا (ثانيا) بما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن المقدم بن معدى كرب عن النبي ﷺ قال (من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرث . والحال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه) وبما رواه أحمد وابن ماجه عن أبى أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث إلا حال فكتب فى ذلك أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر فكتب عمر أن النبي ﷺ قال (الله ورسوله مولى من لا مولى له . والحال وارث من لا وارث له) رواه الترمذى وحسنه كإرفعه غيره وحسنه وبما رواه الحنفية عن عائشة أن مولى للنبي ﷺ خر من عذق نخلة فأتى به النبي ﷺ فقال « وهل له من نصيب أو رحم » قالوا لا قال « إعطوا ميراثه بعض أهل قريته » وهو كما ترى عام فى الرحم . قال الشوكانى .

وبما يؤيد ثبوت ميراث ذوى الأرحام ما جاء فى ميراث ابن الملائكة من جعله ﷺ ميراثه لورثتها من بعدها وهم أرحام له لا غير وقد أخرج البخارى ومسلم والنسائى وأبو داود أنه ﷺ قال ابن أخت القوم منهم أر من أنفسهم .

قال الرازى فى الاستدلال بالآية الأولى « أن قوله وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض يحمل فى الشيء الذى حصلت فيه الأولوية فلما قال فى كتاب الله كان معناه فى الحكم الذى بينه الله فى كتابه فصارت هذه الأولوية معتبرة فى الأحكام التى بينها الله فى كتابه وتلك الأحكام ليست إلا ميراث العصابات فوجب أن يكون المراد من هذا المحمل هو ذلك فقط فلا يتعدى إلى توريث ذوى الأرحام وقالوا فى الاستدلال بالآية الثانية وأجاب أصحابنا عنه من وجهين أحدهما قال فى آخر الآية نصيبا مفروضا أى نصيبا مقدرا وبالإجماع ليس لذوى الأرحام نصيب مقدور

فثبت أنهم ليسوا داخلين في هذه الآية . وخلاصة الوجه الثاني أن ذوى الأرحام لا يدخلون في الأقربين لأن المراد بهم الأقرب من جميع الأشياء . ونذكر لك وجها آخر له حاصله أن الحنفية رأوا أن الفرض ماثبت بدليل قاطع وارث ذوى الأرحام ليس من باب ما عرف بدليل قاطع باجماع الأمة والآية تنازلت للتوريث المفروض بدليل قوله (مفروضا) فلزم القطع بأن هذه الآية لا تتناول ذوى الأرحام .

وقالوا في حديث (الخال وارث من لا وارث له) إن البيهقي والنسائي أعلاه بالاضطرار ولم يثبت رفعه من طريق صحيح قالوا وعلى فرض ثبوته فهو لنا لا لكم ولهم في ذلك طريقان أحدهما أنه على حد قولهم الصبر حيلة من لا حيلة له ومن المعلوم أن الصبر ليس حيلة فكأنه قال من كان وارثه الخال فلا وارث له (ثانيهما) أن الحديث نفي أن يكون له وارث نفيا عاما .

* * *

وناقش الفريق المثبت أدلتهم بما يأتي - قالوا في الدليل الأول أن إرث ذوى الأرحام مثبت بعموم الكتاب كما ثبت به إرث جميع العصبات وأقصى ما في الباب إن قدر ما يأخذون لم يذكر ونحن نكتفي بآيات أصل الاستحقاق ثم ليس أصلكم منع الزيادة على الأصل بخبر الواحد على فرض أن أصل الاستحقاق ثبت به لذوى الأرحام وكم من زيادة أثبتوها بخبر الواحد ومع قولكم أن الميراث لا يدخل للرأى فيه قد اعتمدتم في دليلكم الثالث عليه ولا فرق بين استعمال القياس في النفي واستعماله في الإثبات على أننا لم نسلك في الإثبات طريق القياس فلا تركتموه في جانب النفي وهما سواء وأما حديث (لا ميراث لهما) أى للعممة والخالة فهو مرسل ولا تقوم به الحجة عندهم وقد ضعف العلماء طرق وصله . وشاهده الذى رواه الحاكم مرفوعا فيه الشاذ كوفى وهو مقروك . قالوا وعلى فرض الصحة فهو خاص بالعممة والخالة ولعلها واقعة عين أو أن المراد ليس لهما ميراث مقدر . والحق أن عموما القرآن ناطقة بمذهب المثبتين وأن احتمال التخصيص لا دليل عليه وأن المراد بالنصيب فى الآية الثانية ما يصيب الوارث ويقع فى يده عند القسمة وهو قد يكون سهمًا معينًا كالنصف والربع وقد لا يكون كنصيب العاصب والرحم والقول بأن إرث ذوى الأرحام ليس من باب ما عرف بدليل قاطع باجماع الأمة ممنوع بل هو بما عرف بدليل قاطع عندهم من أمثته . وليس المراد بقطعية الدليل فى

اصطلاح الخفية قطعيته على الاطلاق وعند كل الناس بل قطعيته في نظر المجتهد وإلا لم يكن موضوعه محلا للاجتهاد كما هو معروف في أصول الفقه على أنه ما أبعد تحكيم الاصطلاحات المحدثه في معاني القرآن . ولا نسكاد نفهم من قوله (مفروضات) إلا ما نفهمه من قوله (سورة أنزلناها وفرضناها) وقوله : (إن الذي فرض عليك القرآن لرادك إلى معاد) من البيان والتشريع ولا نسكاد نفهم في قوله (في كتاب الله) سوى حكم الله وتشريعه الذي طلبه من عباده المؤمنين وأوجب به صلة الأرحام والوصية بالوالدين وذوي القربى وهى على نحو قوله في آخر الآية (كان ذلك في الكتاب مسطوراً) وقوله في آخر المحرمات . كتاب الله عليكم ، أما حمله على معنى ما بينه الله لكم في كتابه من الموارد فلا دليل عليه ولا مرشد إليه ودعوى أن قوله (وأروا الأرحام بعضهم أولى ببعض) مجمل لا يفهم منه موقع تلك الأولوة فجاء قوله بعد (في كتاب الله) بيانا لما تقع فيه الأولوة من قبيل الدعوى التي ليس لها من مستند ترتكز عليه فالآيات ظاهرة في عموم ما ينتفع به القريب من قريبه . أما الأحاديث فليس من شك أن أحاديث الإثبات أكثر طرفا وصحة من حديث التنفي ومثلها مما ينهض مجموعها للاستدلال فكيف إذا اتصلت بعمومات واضحة في القرآن وكيف إذا كان عليه جمهور الصحابة رضى الله عنهم .

قال الزيلعي ولولا خوف الإطالة لأوردنا ما حكى عن السلف من أفراد الوقعات هذا وقد اختلف القائلون بتوريث ذوى الأرحام في كيفية توريثهم وتفضيل ذلك مبسوط في كتب الفرائض فارجع إليها إن شئت .

ولا يعذب عنك أن بيت المال لا يستحق التركة ميراثا وإنما توضع فيه إذا لم يكن وارث لأنه محل الأموال التي لا يعرف لها مالك . والله أعلم .

هذا ما تيسر لنا من الكتابة على منهج المقارنة حسب وضعه الأخير وإنما لم نقصد به إلا أن يكون أنموذجا للطالب في كيفية البحث وطريقة الموازنة بين الآراء المختلفة وفي ربط أصول التشريع باستخراج الأحكام من الأدلة التفصيلية .

ونرجو أن يهيئ الله لنا من الوقت ما يعيننا على إعادة النظر فيه وإخراجه مرثاة على وجه يكون أنفع للأمم وأجدى للطلاب . ونسأله سبحانه أن ينفع به كما نفع بأصوله ومراجعته أه .

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com